CONSEJO DE ESTADO
COLOMBIA

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

# Memoria
# 2018

## TOMO III

**LA SALA DE CONSULTA**

**CONFLICTOS DE COMPETENCIA**

**CONCEPTOS:**

VI. HACIENDA PÚBLICA,
BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS

VII. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

VIII. OTROS ASUNTOS

**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 afiliado**

**Radicado 2199**

Fecha: 25/08/2014
Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 18 de septiembre de 2018

La señora Ministra de Transporte consulta a la Sala sobre diferentes aspectos de la "tasa de vigilancia" que deben pagar a la Superintendencia de Puertos y Transporte las personas naturales y jurídicas vigiladas por dicho organismo, especialmente en cuanto al concepto de ingresos brutos y la aplicación de tal elemento en algunos casos particulares.

## I. ANTECEDENTES

La consulta cita inicialmente el artículo 338 de la Constitución Política, que "en tiempo de paz" faculta a los cuerpos colegiados de representación popular para crear contribuciones fiscales y parafiscales, y dispone que la ley, las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales o distritales deben establecer directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los respectivos tributos.

Hace notar también que la misma norma constitucional excepcionalmente faculta a la ley, las ordenanzas y los acuerdos para permitir a las autoridades fijar la tarifa de *las tasas y las contribuciones* que cobren a los contribuyentes como recuperación de los costos de los servicios que les presten o la participación en los beneficios que les proporcionen, pero con sujeción al sistema y al método para definir tales costos y beneficios, y a la forma de hacer su reparto, que las respectivas leyes, ordenanzas y acuerdos deben señalar.

Enseguida menciona que la Ley 1 de 1991[1] creó una tasa que deben pagar las sociedades portuarias y los operadores portuarios a la entonces denominada Superintendencia General de Puertos, en los siguientes términos:

> *"Artículo 27. Funciones de la Superintendencia General de Puertos. El Superintendente General de Puertos ejercerá las siguientes funciones:*
>
> *"(…)*
>
> *"27.2. Cobrar a las sociedades portuarias y a los operadores portuarios, por concepto de vigilancia, una tasa por la parte proporcional que le corresponda, según sus ingresos brutos, en los costos de funcionamiento de la Superintendencia, definidos por la Contraloría General de la República.*

1 *"Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones".*

*"(…)"*

Agrega que posteriormente el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011[2] amplió el cobro de este tributo a todas las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte de la siguiente manera:

> *"Artículo 89. Superintendencia de Puertos y Transporte. Amplíese el cobro de la tasa establecida en el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1ª de 1991, a la totalidad de los sujetos de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, para cubrir los costos y gastos que ocasionen su funcionamiento y/o inversión.*
>
> *"Aquellos sujetos de los cuales se le han ampliado* (sic) *el cobro de la tasa a la cual hace referencia el presente artículo, pagarán por tal concepto una tasa por la parte proporcional que les corresponda según sus ingresos brutos, en los costos anuales de funcionamiento y la inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual no podrá ser superior al 0,1% de los ingresos brutos de los vigilados. (…)"*

La consulta menciona que la tarifa de este tributo es fijada actualmente por el Ministerio de Transporte para todas las entidades que se encuentran sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia, *"en cumplimiento del objetivo de que trata el artículo 1º del Decreto 087 de 2011"*[3], y de conformidad con los elementos del tributo establecidos en las citadas disposiciones legales y con *"la metodología prevista en la ley"*.

Cita a continuación los Decretos 101[4] y 1016[5] de 2000, modificados por el Decreto 2741 de 2001[6], que consagran las funciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte. El artículo 6º de este último asignó las siguientes funciones a dicha Superintendencia:

> *"(…)*
>
> *18. Establecer los parámetros de administración y control del sistema de cobro de las tasas de vigilancia que le competan a esta Superintendencia.*
>
> *19. Establecer mediante actos de carácter general las metodologías, criterios y demás elementos o instrumentos técnicos específicos necesarios para el cumplimiento de sus funciones dentro del marco que éstas establecen.*
>
> *20. Fijar los derechos que deban sufragar los sujetos vigilados con ocasión de los servicios administrativos que se desarrollen en ejercicio de la actividad de inspección, vigilancia y control que corresponde a la Supertransporte.*

2 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014".*

3 Mediante el Decreto 087 de 2011 se modificó la estructura del Ministerio de Transporte y se determinaron las funciones de sus dependencias. El artículo 1º estatuye que *"el Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y aéreo".*

4 *"Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones".*

5 *"Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Puertos y Transporte".*

6 *"Por el cual se modifican los decretos 101 y 1016 de 2000".*

*"(…)".*

La ministra comenta que en desarrollo de estas disposiciones la Superintendencia de Puertos y Transporte define y aplica el procedimiento para la liquidación y la forma de pago de la tasa de vigilancia.

Luego cita el concepto Nº 67463 del 28 de agosto de 1998, proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, en el cual se explica lo que debe entenderse por *"ingresos para terceros"*.

Igualmente menciona que la Superintendencia, en relación con algunas de las entidades vigiladas, realiza una labor de inspección, vigilancia y control de carácter integral, es decir, que abarca tanto el aspecto objetivo (la actividad desarrollada) como el subjetivo (la persona natural o jurídica misma), mientras que, frente a otras entidades, solamente realiza una vigilancia subjetiva, como sucede con las empresas de transporte aéreo.

Finalmente informa que entre las personas sujetas a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, se encuentran:

(i) Los concesionarios viales, es decir quienes han suscrito contratos de concesión con entidades estatales para la realización de proyectos de infraestructura en materia de transporte. En relación con estos la consulta menciona que como *"los recursos propios del proyecto"* deben ser manejados a través de un patrimonio autónomo o un encargo fiduciario, dichos ingresos no se incluyen en la contabilidad del concesionario.

(ii) Las empresas de transporte público que prestan el servicio con vehículos que no son propios sino afiliados. En este caso señala que los ingresos generados por tales vehículos no se incluyen dentro de los ingresos brutos de tales empresas sino que se registran como *"ingresos para terceros"*.

(iii) Las empresas de transporte aéreo, cuyos aspectos objetivos (los relacionados con la actividad que ejercen) son vigilados por la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil (Aerocivil), por lo que la Superintendencia de Puertos y Transporte solamente vigila los aspectos subjetivos de dichas empresas, como su constitución, naturaleza, características y su capacidad económica y financiera.

Con fundamento en las razones precedentes la Ministra de Transporte formula las siguientes preguntas:

1. *Dado que el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley 1ª de 1991 y el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 establecen que la tarifa por concepto de tasa de vigilancia debe liquidarse teniendo en cuenta los ingresos brutos de los vigilados ¿Qué debe entenderse por ingresos brutos?*

2. *¿Debe liquidarse la tarifa por concepto de tasa de vigilancia sobre los ingresos brutos provenientes de la actividad vigilada y no los que provengan de otras actividades que puede realizar la empresa por su objeto social pero que no están sujetas a vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, o por el contrario, la liquidación de la tarifa por concepto de tasa de vigilancia debe hacerse sobre la totalidad absoluta de los ingresos percibidos por el sujeto vigilado?*

3. *¿Podría la Superintendencia de Puertos y Transporte al momento de definir y aplicar el procedimiento para la liquidación tener en cuenta únicamente los ingresos brutos operacionales, es decir, aquellos que se derivan de la actividad vigilada? En caso afirmativo ¿Le correspondería al vigilado presentar la liquidación solo teniendo en cuenta los ingresos brutos operacionales?*

4. *¿Las empresas que prestan el servicio público de transporte con los equipos que no son propios pero que se encuentran afiliados a la misma, deben incluir dentro de sus ingresos brutos para efectos de pagar la tasa de vigilancia, los ingresos que reciben por los equipos que no son propios?*

5. *En el caso de las concesiones viales cuando los recursos propios del proyecto deben ser manejados a través de un Patrimonio Autónomo o Encargo Fiduciario ¿La Tasa de Vigilancia debe ser liquidada con base en dichos ingresos a pesar de no estar en la contabilidad del propio concesionario sino del respectivo Patrimonio Autónomo o Encargo Fiduciario?*

6. *En el caso de las empresas aéreas y aquellos vigilados respecto de los cuales la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerce una vigilancia compartida con otra entidad o Superintendencia ¿Es viable cobrar la tarifa por concepto de tasa de vigilancia proporcional al gasto de funcionamiento y/o inversión que la Superintendencia de Puertos y Transporte le destina a esas empresas de transporte aéreo o vigilados?*

7. *En caso afirmativo ¿Podría el Ministerio de Transporte o la Superintendencia de Puertos y Transporte establecer los ingresos susceptibles de aplicación de la tarifa por tasa de vigilancia integral, o establecer los ingresos que corresponden a los aspectos objetivos o los subjetivos para que los vigilados presenten la liquidación?*

## II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estos interrogantes, la Sala considera necesario pronunciarse sobre los siguientes aspectos: (i) Marco jurídico de los tributos; (ii) la Superintendencia de Puertos y Transporte; (iii) interpretación y análisis de la "tasa de vigilancia" regulada en los artículos 27-2 de la Ley 1 de 1991 y 89 de la Ley 1450 de 2011; (iv) el concepto de ingresos brutos como base gravable de la "tasa de vigilancia" - ingresos operacionales y no operacionales, y (v) el caso particular de las empresas de transporte aéreo, los concesionarios viales y las empresas de transporte con vehículos afiliados.

## A. Marco jurídico de los tributos

### 1. Principio de legalidad (*nullum tributum sine legem)*

El principio de legalidad de los tributos predica que solamente el legislador ordinario, salvo algunas excepciones que establece la Constitución, está facultado para crear tributos. Este principio supone que tanto los contribuyentes como las autoridades administrativas y judiciales, al cumplir sus obligaciones, exigir sus derechos o ejercer sus potestades en relación con la determinación, liquidación, declaración, pago y recaudo de los tributos, entre otros aspectos, deben sujetarse a los mandatos de la ley, por lo cual no pueden modificar, sustituir, adicionar, corregir ni, en forma alguna, tergiversar o alterar lo dispuesto por el legislador.

Por tales razones se ha dicho que el principio de legalidad en materia tributaria comprende dos aspectos principales, que algunos prefieren ver como principios en sí mismos: (i) la reserva de ley, es decir, el hecho de que sólo el legislador puede crear o autorizar la creación (en el caso de los tributos locales) de impuestos, tasas y contribuciones, y (ii) el deber de sujetarse a la ley en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, lo cual exige que se tenga certeza sobre la determinación de los elementes esenciales del tributo.

Más allá del principio general de legalidad, que informa toda la disciplina del derecho administrativo, en sus orígenes la legalidad en materia tributaria se relaciona con el principio de la representación popular, que se expresa en el aforismo de la cultura inglesa conforme al cual no puede haber tributación sin representación.

Sobre el significado y el alcance del principio de legalidad tributaria, y su relación con el principio de representación popular, la Corte Constitucional ha manifestado[7]:

> ***"5. El principio de legalidad y certeza tributaria***
>
> *5.1. El artículo 338 de la Constitución Política desarrolla el postulado de que no existe impuesto sin representación. Este precepto superior es así una expresión de los principios de representación popular y democrático representativo en el ámbito tributario, comoquiera que establece una restricción expresa, en el sentido que, salvo los casos específicos de potestad impositiva del Gobierno en los estados de excepción, solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos[8].*
>
> *"De este modo, la norma constitucional, además de enunciar el principio de reserva legal en materia fiscal, objeto de posterior desarrollo, consagra el de legalidad tributaria que preside la creación de los gravámenes. En este sentido estipula que* "la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y bases gravables, y las tarifas de los impuestos". *(…)*

7 Sentencia C-594 del 27 de julio de 2010. Exp. Nº D- 7978.

8 *"[11] Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C- 228 de 2010".*

> *5.2. Del principio de legalidad tributaria se deriva el de certeza del tributo, conforme al cual no basta con que sean los órganos colegiados de representación popular los que fijen directamente los elementos del tributo, sino que es necesario que al hacerlo determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de esos componentes esenciales. Esta exigencia adquiere relevancia a la hora de dar aplicación y cumplimiento a las disposiciones que fijan los gravámenes, pues su inobservancia puede dar lugar a diversas situaciones nocivas para la disciplina tributaria como son la generación de inseguridad jurídica; propiciar los abusos impositivos de los gobernantes*[9]*; o el fomento de la evasión* "pues los contribuyentes obligados a pagar los impuestos no podrían hacerlo, lo que repercute gravemente en las finanzas públicas y, por ende, en el cumplimiento de los fines del Estado"[10]. (Negrillas en el original).

En la Carta Política el principio de legalidad tributaria aparece reflejado en varias de sus disposiciones, entre ellas el artículo 150, numerales 10 (inciso 3°), 11 y 12; el artículo 300, numeral 4; el 313, numeral 4; el artículo 338 y el 363.

Los artículos 300, 313 y 338 recogen de manera más explícita el principio clásico de que no puede haber tributos sin representación al preceptuar que únicamente los órganos colegiados de elección popular (Congreso de la República, asambleas departamentales y concejos municipales o distritales) pueden establecer tributos en sus respectivos territorios, con la salvedad de que las asambleas y los concejos sólo pueden hacerlo con sujeción a lo que disponga la ley que los autorice (principio de legalidad).

Dado que el tributo al cual se refiere esta consulta fue creado antes de la Constitución Política de 1991[11] es importante precisar que los principios arriba descritos ya estaban recogidos en la Constitución Nacional de 1886 y sus reformas.[12]

Es pertinente agregar que el principio de legalidad de los tributos no es absoluto, pues la propia Constitución establece algunas excepciones puntuales: (i) en los estados de excepción el Gobierno nacional puede establecer transitoriamente tributos (artículos 212, 213, 215[13] y 338[14]); (ii) en el caso de las tasas y las contribuciones el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales pueden permitir que las autoridades administrativas fijen la tarifa de dichos tributos, con sujeción al sistema y al método para calcular los respectivos costos y beneficios, y a la forma de efectuar su reparto, que las mismas corporaciones públicas deben establecer (artículo 338); (iii) el Gobierno nacional está facultado para modificar los aranceles y tarifas concernientes al régimen de aduanas, de conformidad con la ley marco que en esta materia expide el Congreso (artículo 150, numeral 19, literal c y artículo 189, numeral 25), y (iv) por último podría considerarse como una excepción parcial al principio de legalidad, mas no al de representación popular, la facultad que la Constitución confiere a las asambleas y los concejos para completar y precisar los elementos de los tributos locales que la ley cree

9 *"[12] Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 1995".*
10 *"[13] Corte Constitucional, Sentencia C-488 de 2000".*
11 La Ley 1 de 1991 entró a regir el 11 de enero de ese año, fecha de su publicación en el *Diario Oficial*.
12 Artículos 43; 76, numerales 13 y 14; 191; 197, numeral 2°; 204 y 205.
13 Estados de guerra exterior, de conmoción interior y de emergencia económica y social, respectivamente.
14 Interpretado *contrario sensu*.

o autorice, y para imponer su cobro en las respectivas entidades territoriales (artículos 300, numeral 4; 313, numeral 4, y 338).

## 2. Los elementos esenciales de los tributos

Tal como se explicó, el principio de legalidad, especialmente en sus componentes de "reserva de ley" y de certeza tributaria, implica que al legislador le compete fijar directamente y de manera clara y precisa los elementos esenciales de los tributos, que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia son: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa.

Estos elementos se encuentran expresamente reconocidos en el artículo 338 de la Constitución en cuanto dispone que *"la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos"*.

La doctrina especializada, así como la jurisprudencia, han caracterizado y definido cada uno de estos elementos, de la siguiente forma:

**a. El sujeto activo.** El sujeto activo es la entidad pública (la Nación u otra) o el particular facultado expresamente por la ley para exigir el cumplimiento de la obligación tributaria, independientemente de que se beneficie o no con los recursos percibidos.

El sujeto activo se distingue, entonces, del sujeto con capacidad impositiva, y de la entidad que recibe el beneficio económico de las sumas pagadas como tributo, aunque esas tres condiciones pueden recaer en la misma persona. En efecto, el sujeto con capacidad impositiva es por excelencia la Nación, que goza de facultad propia y originaria para crear tributos como derivación de su soberanía. También tienen capacidad impositiva, aunque ya no originaria sino derivada, los departamentos y los municipios y distritos, por intermedio de sus asambleas y concejos. En algunas ocasiones, la ley puede establecer que la entidad receptora de los recursos que genera el tributo, legitimada para gastarlos o invertirlos, sea diferente de la entidad pública o privada con potestad legal para efectuar el cobro del tributo.

En relación con este tema la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado[15]:

> *"En efecto, conforme al anterior análisis, y de acuerdo a ciertas distinciones elaboradas por la doctrina tributaria[16], es posible atribuir tres significados a la noción de sujeto activo de un tributo. Así, de un lado, es posible hablar del sujeto activo de la potestad tributaria, que es la autoridad que tiene la facultad de crear y regular un determinado impuesto. De otro lado, es posible hablar del sujeto activo de la obligación tributaria, que es el acreedor concreto de la suma pecunaria* (sic) *en que, en general se concreta el tributo, y quien tiene entonces la facultad de exigir esa prestación. Y finalmente,*

15 Corte Constitucional. Sentencia C-987 del 9 de diciembre de 1999. Expediente D-2438.

16 *"[28] Así, la distinción entre sujeto activo de la potestad tributaria y sujeto activo de la obligación tributaria es ampliamente aceptada en la doctrina tributaria. Para un resumen de esas posiciones, ver Alvaro Leyva Zambrano et al.* Elementos de la obligación tributaria. *Derecho Tributario.* Bogotá: ICDT, 1999, pp. 427 y ss.". (Negrillas y subrayas del original).

*podemos hablar del beneficiario del tributo, que es la entidad que finalmente puede disponer de esos recursos".*

**b. El sujeto pasivo.** El sujeto pasivo del tributo es aquella persona natural o jurídica, o ente sin personalidad jurídica designado por la ley, que al realizar de manera concreta la conducta descrita por la ley en forma abstracta (hecho generador), se convierte en deudor de la obligación tributaria sustancial.

En este sentido suele distinguirse entre el sujeto pasivo, desde el punto de vista jurídico, o sujeto pasivo en sentido estricto, y el sujeto pasivo económico, quien es aquel que soporta el verdadero peso económico del tributo como exacción financiera, tal como sucede en los impuestos indirectos.

Sobre este elemento ha manifestado la Corte Constitucional:[17]

> *"Siguiendo la doctrina, la Corte ha distinguido los sujetos pasivos* "de iure" *de los sujetos pasivos* "de facto"*. A los primeros corresponde formalmente pagar el impuesto, mientras que los segundos son quienes en últimas deben soportar las consecuencias económicas del gravamen.* "En los tributos directos, como el impuesto a la renta, en general ambos sujetos coinciden, pero en cambio, en los impuestos indirectos (…) el sujeto pasivo de iure no soporta económicamente la contribución, pues traslada su costo al consumidor final".[18]"

**c. El hecho gravado o generador.** En relación con este elemento esencial del tributo la Sección Cuarta del Consejo de Estado[19] sostiene:

> *"En todo caso, le corresponde a la ley, dictada por el Congreso, la creación* "ex novo" *de los tributos, lo que implica que se fije,* ***únicamente por el legislador nacional****, aquel elemento esencial y diferenciador de la obligación tributaria: El hecho generador, es decir, el presupuesto previsto en la ley, de contenido económico, revelador de capacidad contributiva.*[20]
>
> *"El hecho generador tiene unos elementos que identifican el objeto del tributo, esto es, las cosas, los bienes, las acciones, las actividades o los derechos a los que se les impone el gravamen. Tiene elementos subjetivos, que se refieren al vínculo que une a una persona o entidad con el elemento objetivo, V.gr. ser propietario de un bien, realizar determinada actividad, recibir un ingreso, intervenir en la transmisión de derechos. Así mismo existen elementos temporales y espaciales que se refieren al momento en el que debe producirse el hecho —en un periodo o instantáneamente— y al lugar donde se realizarse".* (Negrillas del original; subrayas añadidas).

17 Sentencia C-155 del 26 de febrero de 2003. Expediente D-4079.

18 *"[29] Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1996 M. P. Alejandro Martínez Caballero".*

19 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 4 de junio de 2009. Radicación Nº 08001-23-31-000-2002-00975-01(16086).

20 *"[8] En ese sentido la Corte Constitucional, en la Sentencia C-035 del 27 de enero de 2009, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló:* 'la jurisprudencia ha admitido que los elementos de la obligación tributaria sean determinados por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, pero dentro de unos parámetros mínimos que deben ser señalados por el legislador. Estos parámetros mínimos, según se desprende de la jurisprudencia, son dos: i) la autorización del gravamen por el legislador, y ii) la delimitación del hecho gravado con el mismo.' (Se subraya)".

El hecho gravado tiene una importancia fundamental para el nacimiento de la obligación tributaria, pues solamente cuando la conducta del sujeto pasivo coincide o corresponde plenamente, en el mundo de la realidad, con el supuesto de hecho descrito abstractamente en la norma, surge la mencionada obligación y se genera, por ende, un crédito para el sujeto activo y una deuda para el sujeto pasivo. Sobre este preciso punto ha dicho el Consejo de Estado:

> *"Corresponde a la ley fijar los elementos de la relación jurídica denominada obligación tributaria, que contiene la descripción de un hecho hipotético cuya realización efectiva, determina el nacimiento de la obligación de pagar un tributo"*[21].

**d. La base gravable.** Este elemento del tributo ha sido definido por la Corte Constitucional[22] así:

> *"Como lo ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación, la base gravable se define como* "la magnitud o la medición del hecho gravado, a la cual se le aplica la correspondiente tarifa, para de esta manera liquidar el monto de la obligación tributaria".[23] *En otras palabras, constituye el quantum del hecho generador sobre el que se aplica la tarifa".*

Por su parte la Sección Cuarta del Consejo de Estado[24] afirma:

> *"Respecto del concepto de base gravable, la Sala en los fallos 9194 con ponencia del Magistrado Julio Correa Restrepo, reiterado en el proceso 9783 con ponencia del Magistrado Germán Ayala Mantilla, explicó que constituye la dimensión del hecho gravado o de algunos de sus presupuestos, sobre la cual corresponde la aplicación de la tarifa, para lograr la cuantificación individual del monto del impuesto.*
>
> *"Jurídicamente, la base gravable constituye la base de cálculo del impuesto, de suerte que debe corresponder a un criterio objetivo y jurídico que únicamente puede señalar el legislador. Tal criterio, lógicamente debe ser acorde con el hecho generador del impuesto…"* (Se resalta).

**e. La tarifa.** Con relación a este elemento la Corte Constitucional ha manifestado[25]:

> *"Es la magnitud o monto que se aplica a la base gravable y en virtud de la cual se determina el valor final en dinero que debe pagar el contribuyente.*[26] *(…)".*

El Consejo de Estado,[27] acerca de la función y las modalidades de la tarifa, agrega:

---

21 Consejo de Estado, Sección IV, Sentencia del 14 de julio de 2000. Rad. Nº CE-SEC4-EXP2000-N9822.

22 Sentencia C-155 de 2003, antes citada.

23 *"[30] Ídem".*

24 Consejo de Estado, Sección IV, Sentencia del 14 de julio de 2000, antes citada.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 26 de febrero de 2003. Exp. D-4079.

26 *"[32] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 1995. Ver también:* Juan Rafael Bravo Arteaga. *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario.* Bogotá, Legis, 2000".

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 24 de mayo de 2012. Radicación Nº 08001-23-31-000-2003-01001-01(17723).

*"Como ha dicho la Sala, la tarifa o elemento de medición de la base gravable, o si se quiere, de liquidación particular, puede ser fijo o variable, ya sea que se exprese en una determinada suma de dinero, ora que se comprenda entre un máximo y un mínimo ajustado a la magnitud de la base gravable. Asimismo, las tarifas pueden expresarse en porcentajes fijos, proporcionales, o progresivos (…)".*

Como se observa, el legislador puede establecer diferentes clases de tarifas, tales como las fijas, las proporcionales, las progresivas, las regresivas, las tarifas por cuotas o las tarifas por capitación. En todo caso es claro que la tarifa es el porcentaje, factor o cifra que, aplicado a la base gravable, permite determinar en concreto el monto de la suma de dinero que el sujeto pasivo debe pagar como obligación tributaria sustancial.

En relación con la determinación de la tarifa, la regla general, conforme a los principios de legalidad y representación popular, es que sea fijada directamente por el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales. Sin embargo el artículo 338 de la Constitución permite expresamente que, en el caso de las tasas y las contribuciones, los referidos cuerpos colegiados puedan dejar en cabeza de las autoridades administrativas la determinación de las tarifas, siempre que la ley, las ordenanzas o los acuerdos establezcan el sistema y el método con el que deben establecerse los costos y los beneficios involucrados, así como la forma de efectuar su reparto entre los contribuyentes.

Los conceptos de sistema y método para determinar los costos y los beneficios no están definidos en la Carta Política ni en la ley. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mencionado en varias ocasiones, que por método debe entenderse las *"pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa"*, y por sistema, las *"formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en dicha determinación"*[28].

También ha dicho la Corte que el sistema *"se define por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes. Supone coherencia interna para relacionar entre sí los componentes de un conjunto, que en el ámbito tributario representan la combinación de reglas y directrices necesarias para determinar los costos y los beneficios de una obra o servicio, así como la forma de hacer su distribución"*[29].

En cuanto al método la misma Corporación ha sostenido que se refiere a *"los pasos o pautas que deben observarse para que los componentes del sistema se proyecten extrínsecamente, así constituye el procedimiento a seguir con el objeto de determinar en concreto el monto de la obligación tributaria"*.[30]

28 Así lo expresó la Corte en la sentencia C- 455 del 20 de octubre de 1994, exp. D-581. Estas mismas definiciones han sido reiteradas en sentencias posteriores, como la C-155 del 26 de febrero de 2003, exp. D-4079.

29 Corte Constitucional, sentencia C- 532 del 3 de julio de 2003. Exp. D-4356.

30 Corte Constitucional, sentencia C-116 del 21 de marzo de 1996. Exp. D-1065.

Ahora bien, en relación con el grado de precisión, claridad y detalle con el que el legislador (para referirse sólo a los tributos nacionales) debe establecer los mencionados sistema y método, se observa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha oscilado entre una posición rígida o exigente y una posición más flexible. La posición rígida parte del principio de legalidad de los tributos y de reconocer que la fijación de la tarifa por parte de autoridades administrativas constituye una excepción a dicho principio, por lo cual, como toda excepción, debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva. La posición más flexible parte de los siguientes presupuestos: (i) las normas legales en materia tributaria, como toda disposición, pueden presentar defectos de estructura o redacción, por lo cual deben ser interpretadas e integradas con otras normas; (ii) el legislador no está obligado a señalar de manera minuciosa o detallada el sistema y el método para determinar las tarifas en esta clase de tributos, pues ello equivaldría casi a fijar directamente la tarifa, dejando sin efectos prácticos la facultad consagrada en el artículo 338 de la Carta, y (iii) el legislador no está obligado a utilizar palabras sacramentales, como "sistema" o "método", al establecer tales elementos, sino a señalar materialmente unas pautas, parámetros y procedimientos que sean lo suficientemente claros para que las autoridades administrativas puedan fijar la tarifa de las tasas y contribuciones.

Al intentar una síntesis o equilibrio entre las dos posiciones descritas, la Corte manifestó en la sentencia C-532 de 2003:

> *"17. Frente a las tasas y contribuciones especiales la Corte considera que tanto el "sistema" como el "método", referidos en el artículo 338 de la Constitución, deben ser lo suficientemente claros y precisos a fin de evitar que los órganos de representación popular desatiendan un expreso mandato Superior, mas no por ello tienen que hacer una descripción detallada o rigurosa de cada uno de los elementos y procedimientos a tener en cuenta para fijar la tarifa, pues en tal caso la facultad constitucional de las autoridades administrativas perdería por completo su razón de ser.*
>
> *"Se trata, si se quiere, de una suerte de competencias compartidas, donde el Congreso, las asambleas y los concejos son los encargados de señalar los elementos estructurales del método y del sistema tarifario, mientras que a las autoridades administrativas corresponde desarrollar los parámetros previamente indicados.*
>
> *"Una exigencia muy fuerte sobre la determinación del método y del sistema prácticamente haría inocua la posibilidad de delegación, pues la propia ley estaría fijando la tarifa de la contribución. Por el contrario, una excesiva indeterminación dejaría en manos de las autoridades administrativas la regulación absoluta de ese elemento, en contravía del principio de legalidad… Lo que la ley exige es, más que la simple enunciación de criterios, la definición de una cierta manera de proceder en la articulación de esos criterios.*
>
> *18. Ahora bien, la anterior exigencia no implica que la ley, las ordenanzas o los acuerdos, necesariamente deban utilizar las palabras "sistema" y "método" como fórmulas retóricas sacramentales, porque el criterio definitorio será siempre de carácter material. (…). En consecuencia, "basta que de su contenido se deduzcan el*

*uno y el otro, es decir, los principios que deben respetar las autoridades y las reglas generales a que están sujetas, al definir los costos recuperables y las tarifas correspondientes"*[31-32].

## 3. Clasificación de los tributos y diferencias entre tasa y contribución

La palabra "tributo" es un término genérico que abarca diferentes clases de exacciones de recursos monetarios a favor del Estado; denota distintas modalidades de obligaciones dinerarias consagradas en la ley para contribuir a los gastos del Estado en desarrollo del deber que el artículo 95, numeral 9 de la Constitución Política impone a todas las personas, de *"contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad"*.

Es clásica la división tripartita que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado de los tributos en impuestos, contribuciones y tasas, con la cual se pretende abarcar todo tipo de tributos que el legislador pueda establecer. La Carta Política adoptó esta clasificación de manera expresa en el artículo 338, que se refiere a impuestos, tasas y contribuciones. Sin embargo cabe señalar que la propia Constitución, en otras de sus disposiciones, utiliza la palabra "contribución" en sentido lato, es decir, como sinónimo de tributo, siendo tales los casos de los artículos 150 numeral 12; 300 numeral 4, y 338 inciso primero.

Debido a esta ambivalencia la doctrina y la jurisprudencia han apelado a la expresión "contribuciones especiales" para referirse a aquellas obligaciones que constituyen una clase o tipo especial de tributo, y así distinguirlas de las "contribuciones" a que la Constitución se refiere en sentido general. En este concepto la Sala utilizará la expresión "contribución" en su sentido técnico-tributario, es decir, como una clase o tipo especial de tributo ("contribución especial").

Las contribuciones pueden ser fiscales o parafiscales, en atención a si ingresan al presupuesto general de la Nación (fiscales), o si, por el contrario, no ingresan a dicho sistema presupuestal y se manejan e invierten como fondos separados, que pueden ser administrados por cualquier entidad pública e, incluso, por un particular o conjunto de particulares facultados por la ley.

Ahora bien, la Constitución no precisa lo que debe entenderse por impuesto, tasa y contribución. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de definir tales conceptos y de puntualizar sus diferencias. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-402 de 2010[33], explica que "es posible identificar la existencia de por lo menos tres clases de tributos en el actual sistema fiscal, a saber: los impuestos, las tasas y las

31 *"[11] Corte Constitucional, Sentencia C-482 de 1996. Ver también C-816 de 1999".*
32 *"[12] Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett".*
33 Corte Constitucional, sentencia C-402 del 26 de mayo de 2010. Exp. D-7846.

contribuciones",[34] y agrega que *"aun cuando son fruto del desenvolvimiento de la potestad impositiva del Estado tienen características propias que los diferencian"*[35].

Al caracterizar los impuestos, en la misma sentencia explica la Corte:

> *"10.2. Las condiciones básicas del impuesto son: (i) tiene una vocación general, lo cual significa que se cobran sin distinción a todo ciudadano que realice el hecho generador; (ii) No guardan una relación directa e inmediata con un beneficio específico derivado para el contribuyente; (iii) en cuanto ingresan a las arcas generales del Estado conforme al principio de unidad de caja, este puede disponer de dichos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos nacionales; (iv) su pago no es opcional ni discrecional, lo que se traduce en la posibilidad de forzar su cumplimiento a través de la jurisdicción coactiva; (v) la capacidad económica del contribuyente es un principio de justicia y equidad que debe reflejarse implícitamente en la ley que lo crea…"*

En cuanto a las contribuciones señala:

> *"10.3. Las contribuciones tienen las siguientes características: (i) surgen de la realización actual o potencial de obras públicas o actividades estatales de interés colectivo, en donde necesariamente debe existir un beneficio para un individuo o grupo de individuos; (ii) Se trata de una prestación que reconoce una inversión estatal, por lo que su producto está destinado a su financiación; (iii) La prestación que surge a cargo del contribuyente es proporcional al beneficio obtenido, así lo reconoce el artículo 338 Superior… ; (iv) el obligado tributario no tiene la opción de negarse a la inversión, por el contrario, se encuentra comprometido con su pago a raíz del provecho que le reporta; (v) la contribución, por regla general, es progresiva, pues se liquida de acuerdo con el rédito obtenido"*[36].
>
> *"Para el caso de las contribuciones fiscales, resulta pertinente resaltar que el artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto las define como* "los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector".

Finalmente la Corte explica las tasas así:

> *"10.4. De la evolución de las nociones jurisprudenciales y doctrinales que se han elaborado alrededor del concepto de las tasas, éstas se pueden definir como aquellos ingresos tributarios que se establecen en la ley o con fundamento en ella (origen ex lege), a través*

34 *"[21] En sentencia C-546 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), este Tribunal precisó que:* "[Aun] cuando la Constitución de 1991 es más clara que la Constitución derogada en materia de Hacienda Pública, lo cierto es que la nomenclatura empleada por la Carta Fundamental en este tema no es siempre precisa y rigurosa. En efecto, si bien una interpretación sistemática de la Constitución permite diferenciar los conceptos de tasa, impuesto y contribución, la Carta no utiliza siempre términos específicos para tales categorías. (…)".

35 *"[22] En relación con las características de los tributos que existen en el sistema fiscal, se pueden examinar, entre otras, las siguientes providencias: C-040 de 1993 (M. P. Ciro Angarita Barón), C-465 de 1993 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-545 de 1994 (M. P. Fabio Morón Díaz), C-577 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-1371 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), C-1067 de 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), C-1143 de 2003 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), C-224 de 2004 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández) y C-1171 de 2005 (M. P. Álvaro Tafur Galvis). Igualmente el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el tema, por ejemplo, en la Sentencia de fecha 24 de octubre de 2002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz. Expediente No. 13.408".*

36 *"[24] Las contribuciones fiscales se distinguen de las denominadas contribuciones parafiscales (C.P. arts. 150-12 y 338), las cuales se encuentran definidas en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional "(…)".*

*de los cuales el ciudadano contribuye a la recuperación total o parcial de los costos en que incurre el Estado, para asegurar la prestación de una actividad pública, la continuidad en un servicio de interés general o la utilización de bienes de dominio público. Por su propia naturaleza esta erogación económica se impone unilateralmente por el Estado a manera de retribución equitativa de un gasto público, que no obstante ser indispensable para el contribuyente, tan sólo se origina a partir de su solicitud*[37].

*"En este orden de ideas, se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características: (i) la prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; (ii) la misma nace como recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o servicio público38; (iii) la retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido, así lo reconoce el artículo 338 Superior… ; (iv) los valores que se establezcan como obligación tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; (v) aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan sólo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente, por lo que las tasas indefectiblemente se tornan forzosas a partir de una actuación directa y referida de manera inmediata al obligado*[39]*; (vi) el pago, por regla general, es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos, como por ejemplo, con las tarifas diferenciales".*

De lo explicado queda claro que impuestos, tasas y contribuciones son especies del género "tributo", por lo cual comparten ciertas características comunes, tales como: (i) ser de carácter obligatorio; (ii) tener como fuente directa la ley ("*obligaciones ex lege*"), y (iii) tener como propósito o fin primordial el de contribuir a la financiación de los gastos e inversiones del Estado. Pero también gozan de ciertas particularidades que permiten tipificarlas y distinguirlas.

Mientras que los impuestos son generales o universales, en el sentido de que deben ser pagados indistintamente por todas las personas que realicen el supuesto de hecho previsto en la norma que los crea (hecho generador), las contribuciones sólo deben ser asumidas por los miembros de un determinado grupo económico, social o de otra clase, el cual se beneficia directamente con la inversión de los recursos percibidos por este medio, y las tasas deben ser pagadas únicamente por las personas que se benefician indivi-

37 *"[25] Con anterioridad, en sentencia C-465 de 1993 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), esta Corporación se refirió a las tasas de la siguiente manera:* "Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público…" *Por otra parte, en cuanto a la cobertura de la recuperación de costos, en sentencia C-1371 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), luego de reiterar el fallo anteriormente citado, se señaló:* "De lo visto, se puede colegir que con la tasa normalmente se retribuye el costo de un servicio público prestado; sin embargo, el alcance de éste gravamen no se agota en dicho ámbito, sino que también puede comprender la recuperación del costo de un bien utilizado, como ocurre con las tasas ambientales… Es más, con la tasa no sólo se paga un servicio específico otorgado, sino también se retribuye la realización de una determinada prestación por el Estado. (…)*".*

38 *"[26] En relación con esta característica, en sentencia del 24 de octubre de 2002, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sostuvo que:* "El precio cubre los costos en que incurre la entidad para prestar el servicio, incluyendo los gastos de funcionamiento y las previsiones para amortización y crecimiento de la inversión*". (Consejera Ponente: Ligia López Díaz. Expediente No. 13.408)".*

39 *"[27] En cuanto a esta característica, en sentencia C-1171 de 2005 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), este Tribunal puntualizó:* "la doctrina suele señalar que las tasas se diferencian de los tributos parafiscales en cuanto aquéllas constituyen una contraprestación directa por parte de los ciudadanos a un beneficio otorgado por el Estado, hacen parte del presupuesto estatal y, en principio, no son obligatorias, toda vez que queda a discrecionalidad del interesado en el bien o servicio que preste el Estado".

dualmente con un determinado servicio, función o actividad prestada por el Estado o por un particular en ejercicio de funciones públicas.

Por otra parte los recursos captados mediante los impuestos deben entrar siempre al presupuesto general de la Nación, en donde se confunden con los demás ingresos tributarios y no tributarios del Estado, según el principio conocido como "unidad de caja". En contraste, las tasas y las contribuciones pueden ingresar o no al presupuesto general de la Nación, dependiendo de cuál sea la entidad que las percibe y de lo que ordene la ley que crea tales tributos.

En punto a la destinación de los correspondientes ingresos, los impuestos se destinan en general a cubrir los gastos de funcionamiento e inversión del Estado en todos los órdenes, por lo cual no existe ninguna clase de contraprestación o beneficio directo e identificable para los contribuyentes. En el caso de las contribuciones su producto debe destinarse a realizar obras, prestar servicios o ejecutar actividades que beneficien directamente al colectivo de personas que se encuentran obligadas a su pago; y en cuanto a las tasas su producto debe destinarse exclusivamente a cubrir los costos que para el Estado implica prestar los servicios, realizar las actividades o cumplir las funciones con las cuales se beneficia individualmente el contribuyente.

Finalmente, en relación con el tratamiento constitucional de estos tributos y en particular con la intensidad del principio de legalidad, es evidente que éste resulta más estricto en el caso de los impuestos que en el de las tasas y las contribuciones, pues respecto de estas últimas la Constitución permite que se faculte a las autoridades administrativas para fijar las tarifas, en todo caso con sujeción a lo que dispongan la ley, las ordenanzas y los acuerdos sobre el sistema y el método para determinar los costos y los beneficios, y la forma de efectuar su reparto entre los sujetos pasivos.

Ahora bien, aun cuando puede ser relativamente fácil distinguir un impuesto de una tasa o una contribución, no siempre resulta sencillo diferenciar una tasa de una contribución, lo cual ha dado lugar a múltiples controversias y algunas contradicciones tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Por último debe señalarse que, conforme a la jurisprudencia constitucional, lo que determina que un tributo sea un impuesto, una tasa o una contribución, ya sea fiscal o parafiscal, no es el nombre que el legislador le asigne cuando la crea, sino la naturaleza y las características que la ley le atribuya.

### B. La Superintendencia de Puertos y Transporte

La Ley 1 de 1991 creó la Superintendencia General de Puertos en el artículo 25, que dice así:

> *"Artículo 25. Superintendencia General de Puertos. Créase la Superintendencia General de Puertos, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.*

*"Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de un año contado a partir de la publicación de la presente ley, para crear la estructura de la Superintendencia General de Puertos, fijar su planta de personal… y determinar sus funciones. (…)"*

El artículo 26 de esta ley, al definir la competencia general de la Superintendencia, dispuso que *"ejercerá sus facultades respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones. (…)"*. El artículo 27 incluyó entre sus funciones la de *"vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos dictados especialmente para las sociedades portuarias y los usuarios de los puertos"* (numeral 1º), así como la de *"cobrar a las sociedades portuarias y a los operadores portuarios, por concepto de vigilancia, una tasa…"*.

En el artículo 39 la ley 1 de 1991 preceptúa que *"las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de esta ley hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediato o inmediato, de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen"*, y agrega que *"las obligaciones que tenían (tales personas) en favor de la Empresa Puertos de Colombia, seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifario previsto en la presente ley"*.

Posteriormente el artículo 73 de la Ley 336 de 1996[40] sometió al control y vigilancia de esta Superintendencia a *"los puertos y terminales fluviales que se encuentren como máximo a treinta kilómetros de su desembocadura al mar, medidos sobre el eje del canal navegable y que ejerzan actividad portuaria de comercio exterior"*, así como a *"los puertos y muelles turísticos marítimos"*.

Mediante el Decreto 101 de 2000 el Gobierno nacional modificó la estructura del Ministerio de Transporte y, en cuanto se refiere a la Superintendencia General de Puertos, en el artículo 40 le transfirió por medio de delegación la inspección, vigilancia y control del servicio público de transporte y modificó su denominación por la de Superintendencia de Puertos y Transporte en los siguientes términos:

*"Artículo 40. Delegar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 489 de 1998 las funciones de inspección, control y vigilancia del servicio público de transporte que le atribuye el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República en la actual Superintendencia General de Puertos.*

*"Parágrafo. La Superintendencia General de Puertos modificará su denominación por la de Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte, mientras se mantenga la delegación"*.

40 *"Por el cual se adopta el estatuto nacional del transporte"*.

El Decreto 1016 del mismo año modificó la estructura de la Superintendencia y redefinió su objeto así:

> *"Artículo 3º. Objeto de la Entidad. Corresponde a la Superintendencia de Puertos y Transporte, ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia que le corresponden al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, en materia de puertos de conformidad con la Ley 01 de 1991 y en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la delegación prevista en el Decreto 101 del 2 de febrero de 2000.*
>
> *"Parágrafo. El objeto de la delegación en la Superintendencia de Puertos y Transporte es:*
>
> *1. Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte.*
>
> *2. Inspeccionar, vigilar y controlar la permanente, eficiente y segura prestación del servicio de transporte.*
>
> *3. Inspeccionar, vigilar y controlar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación, explotación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte.*
>
> *4. Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación de las normas para el desarrollo de la gestión de infraestructura propia del Sector Transporte".*

El artículo 1º del mismo decreto, sobre naturaleza jurídica, dispuso que *"la Superintendencia de Puertos y Transporte es un organismo de carácter administrativo y técnico, adscrito al Ministerio de Transporte, que goza de autonomía administrativa y financiera encargada de cumplir las funciones previstas en la Ley 01 de 1991 y las delegadas en el Decreto 101 del 2 de febrero de 2000, como se determinan más adelante".*

Respecto de las personas que son sujetos de inspección, vigilancia y control de dicha Superintendencia, el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, modificado por el artículo 4º del Decreto 2741 de 2001, estatuye lo siguiente:

> *"Artículo 4º. Modifícase el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, el cual quedará así:*
>
> 'Artículo 42. Sujetos de la inspección, vigilancia y control delegados. Estarán sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte, exclusivamente para el ejercicio de la delegación prevista en los artículos 40, 41 y 44 de este decreto o en las normas que lo modifiquen, las siguientes personas naturales o jurídicas:
>
> 1. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte.

2. Las entidades del Sistema Nacional de Transporte, establecidas en la ley 105 de 1993, excepto el Ministerio de Transporte, en lo relativo al ejercicio de las funciones que en materia de transporte legalmente les corresponden.

3. Los concesionarios, en los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte en lo relativo al desarrollo, ejecución y cumplimiento del contrato, sobre los cuales se ejercerá inspección y vigilancia.

4. Los operadores portuarios.

5. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten servicios de instrucción y capacitación del servicio público de transporte.

6. Las demás que determinen las normas legales'".

En relación con este último numeral debe recordarse que las sociedades portuarias, algunos puertos y terminales fluviales, los puertos y muelles turísticos marítimos y los titulares de autorizaciones portuarias otorgadas antes de la Ley 1 de 1991, ya eran objeto de vigilancia por parte de la citada Superintendencia en virtud de lo dispuesto en la misma ley y en la Ley 336 de 1996.

El artículo 44 del citado Decreto 101 de 2000, modificado por los Decretos 1016 de 2000 (artículo 4º) y 2741 de 2001 (artículo 6º), estableció las funciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte, entre las cuales se destacan las siguientes:

*"(…)*

*2. Inspeccionar, vigilar y controlar el cumplimiento de las normas internacionales, leyes, decretos, regulaciones, reglamentos y actos administrativos que regulen los modos de transporte.*

*3. Sancionar y aplicar las sanciones correspondientes por violación a las normas nacionales, internacionales, leyes, decretos, regulaciones, reglamentos y actos administrativos que regulen los modos de transporte, en lo referente a la adecuada prestación del servicio y preservación de la infraestructura de transporte de conformidad con las normas sobre la materia.*

*4. Inspeccionar, vigilar y controlar el cumplimiento de las normas nacionales de tránsito, y sancionar y aplicar las sanciones correspondientes salvo en materia de tránsito terrestre automotor, aéreo y marítimo.*

*5. Inspeccionar y vigilar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, administración, operación, explotación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte, de conformidad con las especificaciones mínimas, normas,*

*marcos técnicos, operativos y financieros, indicadores de evaluación y lineamientos contractuales mínimos que en la materia defina la Comisión de Regulación del Transporte (CRTR), sin perjuicio de las funciones de interventoría de obra o renegociación de contratos propias de las entidades ejecutoras.*

*6. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa y la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte y concesionarios en general para efectos de los contratos respectivos, de acuerdo con los indicadores y parámetros definidos por la Comisión de Regulación del Transporte y publicar sus evaluaciones.*

*"(…)*

*8. Acordar con las empresas a que se refiere el numeral 6 del presente artículo, en los casos que el Superintendente estime necesario, programas de gestión dirigidos a procurar su ajuste a los indicadores definidos por la Comisión de Regulación del Transporte.*

*"(…)*

*10. Vigilar el cumplimiento de las normas sobre el parque automotor y de los fondos creados para el efecto y aplicar las sanciones que se reglamenten en desarrollo de esta función.*

*11. Inspeccionar y vigilar la administración de los puertos fluviales a cargo de la Nación, en coordinación con la entidad territorial y/o corporaciones respectivas.*

*12. Expedir la autorización, registro o licencia de funcionamiento de los operadores portuarios y demás intermediarios de la actividad portuaria…*

*13. Asumir, de oficio o por solicitud de cualquier autoridad o cualquier persona interesada, la investigación de las violaciones de las normas sobre transporte, la adecuada prestación del servicio público de transporte y el desarrollo de la gestión de infraestructura del sector transporte.*

*14. Solicitar a las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Transporte la información que estime conveniente para evaluar periódicamente el cumplimiento de las normas de tránsito, transporte e infraestructura.*

*15. Solicitar documentos e información general, inclusive los libros de comercio, así como practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento del objeto de su delegación y funciones.*

*16. Asumir directamente, o por medio de personas especialmente designadas o contratadas para ello y en forma temporal, la prestación de los servicios propios de una Sociedad Portuaria, cuando esta no pueda o no quiera prestarlos por razones legales o de otro orden…*

*17. Emitir concepto dentro del ámbito de su competencia a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de las normas que regulan la prestación del servicio de transporte y la construcción, rehabilitación, administración, operación, explotación y/o mantenimiento de infraestructura de transporte.*

*18. Establecer los parámetros de administración y control del sistema de cobro de las tasas de vigilancia que le competan a esta Superintendencia.*

*"(…)*

*20. Fijar los derechos que deban sufragar los sujetos vigilados con ocasión de los servicios administrativos que se desarrollen en ejercicio de la actividad de inspección, vigilancia y control que corresponde a la Supertransporte.*

*"(…)"*

### C. La "tasa de vigilancia" establecida a favor de la Superintendencia de Puertos y Transporte

El tributo al que se refiere esta consulta fue establecido por la Ley 1 de 1991 en los siguientes términos:

*"Artículo 27. Funciones de la Superintendencia General de Puertos. El Superintendente General de Puertos ejercerá las siguientes funciones:*

*"(…)*

*"27.2. Cobrar a las sociedades portuarias y a los operadores portuarios, por concepto de vigilancia, una tasa por la parte proporcional que le corresponda, según sus ingresos brutos, en los costos de funcionamiento de la Superintendencia, definidos por la Contraloría General de la República.*

*"(…)"*

Esta disposición fue modificada y adicionada, veinte (20) años después, por el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, de la siguiente forma:

*"Artículo 89. Superintendencia de Puertos y Transporte. Amplíese el cobro de la tasa establecida en el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1ª de 1991, a la totalidad de los sujetos de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, para cubrir los costos y gastos que ocasionen su funcionamiento y/o inversión.*

*"Aquellos sujetos de los cuales se le han ampliado* (sic) *el cobro de la tasa a la cual hace referencia el presente artículo, pagarán por tal concepto una tasa por la parte proporcional que les corresponda según sus ingresos brutos, en los costos anuales de*

*funcionamiento y la inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual no podrá ser superior al 0,1% de los ingresos brutos de los vigilados…"*

En principio esta norma tuvo como propósito únicamente el de extender la aplicación de la "tasa" a las demás personas vigiladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte[41], las cuales hasta ese momento no estaban obligadas a contribuir para financiar los gastos de funcionamiento e inversión de dicho organismo. Sin embargo, como adelante se verá, el artículo 89 de la Ley 1450 introdujo algunas modificaciones en los elementos de la "tasa", tanto para los vigilados que ya estaban obligados a su pago como para los nuevos obligados, con lo cual corrigió algunos defectos de la Ley 1 de 1991 pero generó nuevas dudas e inconvenientes.

### 1. Naturaleza del tributo

Reviste interés jurídico dilucidar si este tributo es verdaderamente una "tasa", como lo denomina la ley, o si por el contrario se trata de un impuesto o de una contribución. Evidentemente no constituye un impuesto, ya que no se cobra a la generalidad de las personas que puedan realizar el supuesto de hecho de la norma, sino a un grupo determinado de sujetos (sociedades portuarias, operadores portuarios, empresas de transporte, concesionarios viales etc.). De esta manera el análisis se reduce, por tanto, a establecer si el tributo creado por la Ley 1 de 1991 es una tasa, como expresamente dice la ley, o si es una contribución.

Como bien se sabe, no existe acuerdo en la jurisprudencia ni en la doctrina en torno a si los tributos que se pagan a las superintendencias y a otros organismos de supervisión y/o regulación, por parte de las personas y entidades sometidas a su inspección, vigilancia, control y/o regulación, constituyen una tasa o una contribución. En el caso específico de la Superintendencia de Puertos y Transporte la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha considerado que la "tasa de vigilancia" que nos ocupa es realmente una "contribución" (en el sentido de "contribución especial"), pues reúne las condiciones que permiten calificarla como tal no obstante que la ley la denomina "tasa".[42] Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido en varias sentencias que esta clase de tributos son tasas y no contribuciones. Así por ejemplo, en la sentencia C-465 de 1993 consideró que el tributo que pagaban las entidades sometidas a la entonces Superintendencia Bancaria no era una contribución sino una "tasa retributiva".[43] Igualmente en la sentencia C-731 de 2000 la Corte estimó que el tributo que deben pagar las entidades vigiladas a la Superintendencia Nacional de Salud, es una tasa y no una contribución.[44] Con base en esta jurisprudencia y en argumentos adicionales la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró en el concepto Nº 1421 de 2002 que el gravamen impuesto por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 a las empresas de servicios públicos domiciliarios para financiar los costos de funcionamiento de las respectivas comisiones de regulación y de la Superintendencia

41 Así consta en el documento intitulado *"Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para Todos"*, que el Gobierno Nacional presentó como fundamento del respectivo proyecto de ley, y el cual quedó incorporado como parte integrante de la Ley 1450 de 2011, según lo dispuesto en el artículo 2º ibídem. *Gaceta del Congreso* Nº 14, año XX, página 86.

42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Referencia: 11001032700020050006800. Radicado: 15851.

43 Corte Constitucional, sentencia C-465 del 21 de octubre de 1993. Exp. D-265.

44 Corte Constitucional, sentencia C-731 del 21 de junio de 2000. Exp. D-2716.

de Servicios Públicos, era realmente una tasa, a pesar de que la norma citada lo califica expresamente como "contribuciones especiales"[45].

La Sección IV de esta Corporación, en sentencia del 1° de octubre de 2009[46], reiterada en sentencias del 14 de octubre de 2010[47] y el 3 de julio de 2013[48], ha calificado este mismo tributo como una "contribución especial". En igual sentido se registra que la Corte Constitucional, en la sentencia C-455 de 1994[49], calificó como una "contribución" y no como una tasa, el tributo que deben pagar a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, para cubrir los costos que demanda esa función.

Hoy en día varias leyes califican expresamente como "contribución" el tributo que los respectivos grupos de entidades vigiladas deben pagar a la Superintendencia Financiera (Leyes 795 de 2003 y 964 de 2005), a la Superintendencia de Sociedades (Ley 222 de 1995) y a la Superintendencia de Economía Solidaria (Ley 454 de 1998), para financiar total o parcialmente los costos de la función de inspección, vigilancia y control que cumplen tales superintendencias.

Son evidentes las vacilaciones de la jurisprudencia, la doctrina y el propio legislador a la hora de calificar esta clase de tributos, que unas veces denominan "tasa" y otras "contribución". La Sala observa que en esta ocasión no urge fijar una posición sobre el punto porque, en primer lugar, dicho aspecto no forma parte de las preguntas a las cuales se contrae la consulta, y en segundo lugar, porque el artículo 338 de la Constitución Política da un mismo tratamiento a las tasas y a las contribuciones en cuanto a los elementos esenciales de dichos tributos, y en particular en cuanto a la fijación de las tarifas, no obstante las diferencias que existen entre estas dos clases de gravámenes. Hecha esta salvedad y sólo para efectos del presente concepto, la Sala denominará este tributo de la misma forma en que lo hace la ley, es decir, como "tasa de vigilancia".

## 2. Elementos esenciales del tributo

Como todo tributo, la "tasa de vigilancia" que se analiza debe tener, al menos, un sujeto activo, uno o varios sujetos pasivos, un hecho gravable, una base gravable y una tarifa. Tales elementos en el caso concreto son:

**a. Sujeto activo.** Evidentemente el sujeto activo de esta "tasa" es la Superintendencia de Puertos y Transporte, pues es la entidad facultada por la ley para exigir su pago a las personas obligadas y recaudar el producto del mismo, a lo cual se agrega que es la beneficiaria de dicha renta, cuyo producto debe destinarse exclusivamente a financiar sus gastos de funcionamiento e inversión.

45 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Nº 1421 del 6 de junio de 2002.

46 Rad. N° 17001-23-31-000-2004-0785-01 (16286).

47 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de octubre de 2010. Exp. N° 11001-03-27-000-2007-00031-00.

48 Rad. N° 25000-23-27-000-2008-00129-01 (19017).

49 Corte Constitucional, sentencia C-455 del 20 de octubre de 1994.

**b. Sujeto pasivo.** Los sujetos pasivos de este tributo son las personas naturales y jurídicas sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, esto es las sociedades portuarias, los operadores portuarios y las personas titulares de autorizaciones portuarias (de acuerdo con la Ley 1 de 1991) y las empresas de transporte público, los organismos de tránsito, los "concesionarios viales" y las personas que realizan actividades de instrucción o capacitación relacionadas con el transporte (a partir de la Ley 1450 de 2011), quienes habían sido sometidos a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte desde el año 2000, con la expedición del Decreto 101 de ese año.

A este respecto debe precisarse que si bien el artículo 30, numeral 17 del Decreto 101 de 2000, modificado por el artículo 2° del Decreto 2741 de 2001, estatuyó que una de las funciones de la Comisión de Regulación del Transporte era la de *"definir el monto de la tasa de vigilancia que deben pagar los puertos marítimos, y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte"*, dicha función no pudo cumplirse en relación con "los demás sujetos de vigilancia", antes de la Ley 1450 de 2011, pues hasta ese momento no existía norma legal que autorizara el cobro del tributo a esos otros sujetos sino exclusivamente a las sociedades portuarias, a los operadores portuarios y a los titulares de licencias otorgadas con anterioridad a la Ley 1 de 1991.

**c. Hecho gravable.** Aunque la ley no lo dice de manera específica, la lectura sistemática de las normas legales que establecen el referido tributo, en conjunto con las disposiciones que señalan las funciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte, permite inferir que el hecho gravable o generador de este tributo consiste en el hecho de estar una persona sometida a la inspección, vigilancia y control de la citada Superintendencia.

**d. Base gravable.** En relación con este aspecto el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1 de 1991 no establece en forma clara y precisa la base gravable de esta "tasa", pues no señala sobre qué cantidad o magnitud deba aplicarse la tarifa (que tampoco define) para calcular el monto efectivo de la obligación pecuniaria a cargo de cada sujeto pasivo. En efecto, esta norma se refiere a dos elementos distintos, que son cuantificables económicamente y con base en los cuales podría determinarse hipotéticamente el monto del tributo para cada sujeto pasivo: los costos de *funcionamiento* de la Superintendencia General de Puertos (hoy, Superintendencia de Puertos y Transporte) y *los ingresos brutos* de las entidades vigiladas; pero no señala cuál de las dos magnitudes es aquella sobre la cual se debe aplicar la tarifa que fije la autoridad competente para determinar en concreto la cuantía de la obligación a cargo de cada contribuyente.

Los gastos de funcionamiento de la Superintendencia no podrían tomarse como base gravable ya que representan el objetivo financiero o finalidad de este tributo, es decir, el gasto público que se pretende financiar con la "tasa". Aunque los ingresos brutos de los vigilados sí podrían ser considerados como base gravable del tributo, no resulta evidente que lo sean de la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 27 de la Ley 1 de 1991, pues lo que surge claramente de dicha norma es que tales ingresos constituyen la *"forma de reparto"* de los costos, a que alude el artículo 338 de la Constitución, esto es:

que los costos de funcionamiento de la Superintendencia de Puertos y Transporte deben distribuirse en proporción a los ingresos brutos de los vigilados.

El inciso segundo del artículo 89 de la Ley 1450 sí determina en forma expresa este elemento al disponer que los sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte a quienes se extiende el cobro del tributo por virtud de la misma norma deben pagar una "tasa" que no podrá ser superior al 0,1% de sus ingresos brutos. Sin embargo, como dicha tasa se refiere a los "nuevos sujetos pasivos", es decir, a quienes la Ley 1450 amplió el cobro de la "tasa", continuaría existiendo la misma inquietud que se ha descrito sobre la base gravable para aquellos que están obligados a pagar el tributo de conformidad con la Ley 1 de 1991.

En todo caso, ni el artículo 27 de la Ley 1 ni el 89 de la Ley 1450 especifican el período al cual se refiere la base gravable, pues no señalan si los ingresos brutos que han de tomarse como base para la liquidación del gravamen son los causados en un año, en un semestre, en un mes o en otro período cualquiera. Lo anterior no solamente resulta importante para tener certeza en la determinación y el cálculo de la base gravable, sino también para establecer los momentos en los que empezó a regir la obligación de pagar la "tasa de vigilancia" prevista en el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1 de 1991 para las sociedades portuarias, los operadores portuarios y los otros vigilados previstos en dicha ley, y en el artículo 89 de la ley 1450 de 2011 para los demás sujetos pasivos, de acuerdo con el principio de irretroactividad de las normas tributarias, que de manera clara y expresa consagran el inciso final del artículo 338 y el inciso segundo del artículo 363 de la Carta Política.

Podría argüirse que los ingresos brutos a los cuales se refieren las normas legales citadas deben ser los percibidos por los sujetos vigilados durante un año fiscal, dado que los costos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, que constituyen el otro extremo de la fórmula para la determinación de la tarifa, son establecidos por períodos anuales, conforme a lo dispuesto expresamente en el segundo inciso del artículo 89 de la Ley 1450[50], en armonía con el principio de anualidad consagrado en el Estatuto General de Presupuesto (Decreto 111 de 1996)[51].

Sin embargo esta es apenas una inferencia lógica que, aun cuando permite suplir un vacío existente en la ley, no satisface el principio de legalidad en materia tributaria. Cabe recordar, además, que las normas legales aludidas se refieren a los ingresos brutos de las personas vigiladas para dos efectos diferentes: (i) para repartir proporcionalmente entre ellos los costos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, y (ii) para señalar la base gravable sobre la cual ha de aplicarse la tarifa, con el objeto de establecer en concreto el monto de la "tasa" a cargo de cada obligado. Para el primer efecto es claro que los ingresos brutos de los vigilados y los costos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia deben corresponder al mismo período,

50 *"Aquellos sujetos de los cuales se le han ampliado (sic) el cobro de la tasa a la cual hace referencia el presente artículo, pagarán por tal concepto una tasa por la parte proporcional que le corresponda según sus ingresos brutos, en los costos anuales de funcionamiento y la inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte…"*. (se subraya).

51 *"Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (Ley 38/89, artículo 10)".*

pues de otra forma no podrían compararse para establecer matemáticamente la tarifa del tributo. Pero no sucede lo mismo en relación con el segundo propósito, ya que una vez fijada dicha tarifa por la autoridad administrativa competente, la misma puede aplicarse teóricamente a los ingresos brutos percibidos por los vigilados en cualquier lapso (un año, un semestre, un mes etc.).

Ahora bien, del significado de la expresión "ingresos brutos" y el alcance material de estos como base gravable de la "tasa de vigilancia" que se analiza, se tratará en el acápite siguiente de este concepto.

**e. Tarifa.** Es evidente que ni el artículo 27 (numeral 2) de la Ley 1 de 1991 ni el 89 de la Ley 1450 de 2011 establecen la tarifa de este tributo, y tampoco señalan expresamente la autoridad administrativa que deba fijarla. Sin embargo, ninguna de las dos omisiones bastaría por sí misma para afirmar que el citado tributo sea inconstitucional. En primer lugar porque, como se ha comentado, el artículo 338 de la Carta faculta expresa y claramente al legislador, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y las contribuciones, sujetándose en todo caso al sistema y al método para definir los costos o los beneficios involucrados en su cálculo, así como a la forma de reparto entre los contribuyentes, los cuales deben ser establecidos por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. Por lo tanto lo que debe analizarse es si las normas legales que regulan esta "tasa de vigilancia" establecen efectivamente un método y un sistema para determinar los costos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, así como una forma de reparto de los mismos.

1) <u>En cuanto al sistema y al método</u> para la fijación de la tarifa se reitera que la jurisprudencia constitucional ha oscilado entre una posición estricta o rígida y una postura flexible. Si se adoptara en este caso la posición estricta, podría afirmarse que ni el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1 de 1991 ni el artículo 89 de la Ley 1450 establecen verdaderamente las *"pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa"* (método), ni las *"formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en dicha determinación"* (sistema).

Sin embargo la Corte Constitucional ha sostenido en ocasiones que por "sistema y método" deben entenderse, en general, los parámetros o directrices que el legislador señale a las autoridades administrativas competentes para fijar las tarifas de las tasas y contribuciones, sin incurrir en arbitrariedades o abuso de poder y sin sustituir completamente al órgano de representación popular. En esa medida ha sostenido que solo habría lugar a declarar inexequible una ley que cree una tasa o contribución, sin fijar directamente su tarifa, en la medida en que la respectiva norma se abstenga de consagrar absolutamente cualquier criterio para determinar la tarifa, o cuando solamente señale unos parámetros vagos, confusos o indefinidos, que en la práctica le otorguen libertad absoluta a las autoridades administrativas para determinar la tarifa. [52]

52 Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-455 de 1994, C-116 y C-482 de 1996, C-402 y C-1371 de 2000, C-155 de 2003 y C-243 de 2005, entre otras.

Bajo esta segunda concepción podría considerarse que el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1 de 1991 ofrece, aunque de manera muy escueta, un sistema y un método para determinar los costos de la función pública de inspección, vigilancia y control ejercida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, los cuales consisten en la información que para dicho efecto debe suministrar la Contraloría General de la República[53]. No podría decirse lo mismo del artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, que en su primer inciso se refiere a *"los costos y gastos que ocasionen su funcionamiento y/o inversión"* (los de la Superintendencia), pero no precisa quién ni cómo se determinan tales "costos y gastos", ni deja en claro, al menos, si los costos y gastos que deben tenerse en cuenta para el cobro de la "tasa de vigilancia" son los de funcionamiento e inversión, o sólo los de funcionamiento, o únicamente los de inversión, pues todas estas interpretaciones caben dentro de la expresión *"funcionamiento y/o inversión"*. Téngase en cuenta, adicionalmente, que las palabras "costos" y "gastos" no significan lo mismo, desde el punto de vista contable, tal como se deduce claramente de los artículos 39 y 40 del Decreto 2649 de 1993[54], razón por la cual la ley ha debido señalar algún criterio para distinguir y calcular unos y otros. El segundo inciso del mismo artículo 89 de la Ley 1450, si bien resulta más asertivo, cuando alude a *"los costos anuales de funcionamiento y la inversión de la Superintendencia…"*, no menciona tampoco quién calcula o certifica tales costos, ni de qué manera se procede.

Ahora bien, este mismo inciso dispuso además que en ningún caso la tarifa que se cobre a los nuevos sujetos pasivos puede ser superior al 0,1% de sus ingresos brutos, con lo cual impuso a la autoridad administrativa competente un techo o límite máximo para la fijación de la tarifa, lo cual representa una garantía para dichos contribuyentes. No obstante la misma disposición genera una incertidumbre adicional, ya que al establecer dicho límite únicamente para los nuevos sujetos pasivos, dejó por fuera de este a las sociedades portuarias, a los operadores portuarios y a los titulares de autorizaciones portuarias otorgadas antes de la Ley 1 de 1991, lo cual ocasionaría dudas sobre el cumplimiento de los principios de igualdad, equidad y progresividad en materia tributaria respecto de dichos vigilados, pues no solo podría suceder que la tarifa para estos sea superior al 0,1% de sus ingresos brutos, sino también que operadores portuarios o sociedades portuarias (para citar solo un ejemplo) con ingresos brutos iguales o inferiores a los de otros contribuyentes (empresas transportadoras, concesionarios etc.) estuvieran sujetos a una tarifa superior a la de estos.

2) Con respecto a la autoridad competente para determinar la tarifa del tributo que nos ocupa, la Sala observa en primer lugar que el artículo 338 de la Carta no consagra exactamente una delegación que el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales puedan hacer en autoridades administrativas para fijar la tarifa de las tasas y las contribuciones, como tradicionalmente lo ha entendido la jurisprudencia. En efecto, dicha norma no utiliza las palabras "delegación", "delegar" ni otras que tengan el mismo significado. Si estableciera verdaderamente una delegación, entonces el acto que fija la tarifa sería materialmente una ley (como sucede, por ejemplo, con los decretos que el Gobierno nacional expide en ejercicio de las facultades extraordinarias que

53 Aunque, al parecer, dicho organismo nunca ha ejercido esta potestad, debido a su nuevo marco constitucional, según lo informado a la Sala en la audiencia realizada el 22 de mayo de 2014.

54 *"Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia".*

le otorga el Congreso) y serían revisables por la Corte Constitucional, entre otros efectos. En todo caso, bajo esta interpretación, la ley, las ordenanzas y los acuerdos tendrían que señalar explícitamente cuál es la autoridad administrativa en quien se delega la fijación de la tarifa, pues, como se sabe, no puede delegarse una función pública sin indicar de manera clara y expresa cuál es la autoridad facultada para actuar como delegataria.

Lo que el artículo 338 constitucional dispone realmente es que *"la ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones…"*, con lo cual establece en verdad una excepción al principio de legalidad de los tributos, en el sentido de que las autoridades administrativas pueden, si así lo establecen los órganos de representación popular competentes, fijar las tarifas de las tasas y las contribuciones con sujeción al sistema, al método y a la forma de reparto señalados por los mismos cuerpos colegiados. Es, entonces, un mecanismo de deslegalización de un aspecto vinculado a la creación de los tributos que la Constitución, por razones de conveniencia práctica y realismo económico, consideró necesario prever, tal como lo explicaron los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Humberto Sierra Porto, al salvar parcialmente y aclarar su voto en relación con la sentencia C- 243 de 2005[55]:

> *"1.1.1.- En la sentencia se indica que el artículo 338 de la Constitución Nacional permite delegar en las autoridades administrativas la posibilidad de establecer el monto de las tasas y que, en ese orden de ideas, se trataría de una posibilidad expresa de delegación. En nuestra opinión, no obstante, el término "delegación" carece de rigor y puede hacer pensar que en materia de tasas las autoridades administrativas fijan las tarifas mediante norma legal. Esto no es así. Las autoridades administrativas fijan las tarifas mediante acto administrativo. Lo que autoriza la Constitución es la posibilidad de deslegalizar. Las facultades que en este particular le corresponden a las autoridades administrativas, no las ejercen a través de decretos – leyes sino por medio de actos administrativos".*

En todo caso la misma Corte, en la sentencia C-482 de 1996[56], consideró que no es necesario que la ley que crea una tasa o una contribución señale directa y específicamente la autoridad administrativa facultada para fijar la tarifa, pues debe entenderse que tal autoridad es la que resulte competente para ello, de acuerdo con otras normas constitucionales y legales que sean aplicables. Así razonó la Corte Constitucional:

> *"El literal c)[57] asigna a "las autoridades competentes" la facultad de determinar las tasas y tarifas. Sería absurdo pretender que la ley enumerara todas las autoridades que pueden ejercer esta atribución. Sin embargo, no hay lugar a ningún equívoco: en la ley o en el reglamento, se asignan las competencias de las autoridades (artículos 121, y 122, inciso primero, de la Constitución). Por eso, en esta materia se sigue la regla general: sólo puede ejercer esta atribución la autoridad competente según la ley".*

55 Corte Constitucional. Sentencia C-243 del 17 de marzo de 2005. M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Exp. D-5365.

56 Corte Constitucional. Sentencia C-482 del 26 de septiembre de 1996. Exp. D-1202. Con salvamentos de voto.

57 De la norma demandada en esa ocasión: el artículo 21 de la Ley 105 de 1993, *"por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones".*

Ahora bien, en el caso de la "tasa de vigilancia" que nos ocupa no resulta fácil determinar cuál es la autoridad competente para fijar la tarifa. En efecto, inicialmente podría entenderse que dicha autoridad era la propia Superintendencia General de Puertos, habida cuenta de que el artículo 27, numeral 2 de la Ley 1 de 1991 le asignó la función de *"cobrar a las sociedades portuarias y a los operadores portuarios, por concepto de vigilancia, una tasa…"*, y para poder hacerlo, tenía que señalar la tarifa de dicho tributo. Así lo consideró efectivamente ese organismo, pues hasta el año 2002 calculó y señaló la tarifa de este tributo para los vigilados del sector portuario.

Sin embargo también podría entenderse que el competente era el Gobierno nacional, conformado en este caso por el Presidente de la República, Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (artículo 189 de la C.P.), y el ministro del ramo (artículo 115 ibídem).

Posteriormente, cuando el Decreto 101 de 2000 creó la Comisión de Regulación del Transporte (CRT) como *"una dependencia especial del Ministerio de Transporte, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y financiera"* (artículo 28), le asignó entre otras funciones la de *"definir el monto de la tasa de vigilancia que deben pagar los puertos marítimos"* (artículo 30, numeral 17). Esta disposición fue modificada por el artículo 2º del Decreto 2741 de 2001 en el sentido de señalar que esta atribución comprendía no sólo a los puertos marítimos, sino también a los *"demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte de conformidad con la ley"*.

De esta forma era claro que, a partir de los citados decretos, la competencia para establecer la tarifa de la "tasa de vigilancia" a favor de la Superintendencia, por delegación presidencial, era de la Comisión de Regulación del Transporte, organismo que, en efecto, ejerció esta función durante unos pocos años.

Sin embargo la Comisión desapareció de la estructura del Ministerio de Transporte sin que los decretos que establecieron el nuevo organigrama y las funciones de dicho ministerio hubiesen reasignado expresamente esta función (la de señalar la tarifa) a otro funcionario o dependencia de esa cartera, dejando de nuevo un vacío sobre la materia.

En las últimas resoluciones mediante las cuales el Ministerio de Transporte ha calculado y determinado la tarifa de la "tasa de vigilancia" a favor de la Superintendencia se invocan, como fundamento de su competencia, los artículos 2º, numeral 2.5, y 6º, numeral 6.4 del Decreto 87 de 2011[58], normas que en su orden disponen:

> *"Artículo 2º. Funciones. Corresponde al Ministerio de Transporte cumplir, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:*
>
> *"(…)*

58 *"Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se determinan las funciones de sus dependencias".*

*"2.5. Formular la regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura para todos los modos de transporte.*

*"(…)*

*"Artículo 6º. Funciones del Despacho del Ministro de Transporte. Son funciones del Despacho del Ministro de Transporte, además de las señaladas por la Constitución y la ley, las siguientes:*

*"(…)*

*"6.4. Formular la política de regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura en todos los modos de transporte.*

*"(…)"*

Como se observa, ninguno de dichos preceptos se refiere de manera específica y expresa a la fijación de la tarifa de la "tasa de vigilancia", motivo por el cual las facultades invocadas tampoco permiten inferir con claridad que al Ministerio de Transporte se le haya otorgado esta atribución.

Finalmente el Gobierno nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 66 (numeral 2) de la Ley 1682 de 2013[59], expidió el Decreto 947 de 2014, mediante el cual creó la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte (CRIT), como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte. El artículo 6º del citado decreto, que establece las funciones de la nueva comisión, tampoco le asigna la de fijar la tarifa de la "tasa de vigilancia" que debe pagarse a la Superintendencia de Puertos y Transporte[60].

Las consideraciones expuestas sugieren la necesidad urgente de una reforma legal que entre otros aspectos: (i) establezca con absoluta claridad y precisión el sistema y el método para la determinación de la tarifa de este tributo, incluyendo la forma de calcular los costos que deben ser financiados con este ingreso; (ii) indique cuál es la autoridad administrativa competente para fijarla; (iii) aclare y precise la base gravable del tributo, y (iv) unifique el tratamiento otorgado a los diferentes sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, o, por el contrario, establezca entre ellos tratamientos diferenciales pero plenamente justificados por razones de índole jurídica, técnica o económica.

59 *"Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias".*

60 Si bien entre las funciones de la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte están las de *"fijar las tarifas de las actividades reguladas y los topes máximos de las actividades no reguladas en la operación del transporte carretero, férreo, fluvial y marítimo"*, y *"establecer las fórmulas y criterios para la fijación de las tarifas del servicio público de transporte y servicios conexos de competencia de las entidades territoriales…"*, ninguna de tales atribuciones, ni las otras previstas en el Decreto 947 de 2014 incluyen, a juicio de la Sala, la facultad para fijar la tarifa de la "tasa de vigilancia" que nos ocupa.

## D. El concepto de "ingresos brutos" como base gravable de la "tasa de vigilancia". Ingresos operacionales y no operacionales

### 1. Ingresos brutos

Aun cuando la ley no define lo que debe entenderse por ingresos brutos, el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993 define el concepto de "ingresos" en los siguientes términos:

> *"Artículo 38. Ingresos. Los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados por la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de otras actividades, realizadas durante un período, que no provienen de los aportes de capital".*

La expresión "ingresos brutos" aparece en diversas normas contables, como el artículo 103 del mismo Decreto, el cual dispone que las devoluciones, rebajas y descuentos condicionados deben reconocerse contablemente *"por separado de los ingresos brutos"*, y el artículo 117, que ordena revelar en los estados financieros de todo ente económico los *"ingresos brutos, con indicación de los generados por la actividad principal, asociados con sus correspondientes devoluciones, rebajas y descuentos"*.

Por otro lado, en algunos casos los "ingresos brutos" constituyen la base gravable de tributos nacionales y locales, como sucede con el impuesto de industria y comercio, y en otros eventos, aunque no configuren directamente la base gravable de esos tributos, deben establecerse y calcularse como una etapa previa para llegar a la base gravable mediante un sistema de depuración, tal como ocurre con el impuesto a la renta. Así mismo, en algunos casos conforman la base para el cálculo de las sanciones previstas en la ley por el incumplimiento de ciertos deberes tributarios sustanciales o formales.

Sobre tales bases la jurisprudencia y la doctrina tributarias se han ocupado de precisar lo que debe entenderse por "ingresos brutos", con apoyo, claro está, en las normas y en los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. Así por ejemplo, la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá, D.C. sostuvo al respecto en el concepto Nº 1169 del 10 de enero de 2008:

> *"(…) Así las cosas, tenemos que dentro de los ingresos y como una clasificación que emerge para efectos tributarios encontramos los denominados 'ingresos brutos', entendiéndose como tales,* 'La suma de todos los ingresos obtenidos en un período gravable'.
>
> *"Así mismo, el Diccionario Técnico Contable los define como: "incrementos patrimoniales obtenidos antes de deducir cualquier concepto de gastos".*[61]

61 *Diccionario Técnico Contable.* Briceño de Valencia, Marta Teresa y Hoyos de Ordóñez, Olga Esperanza. Editorial Legis, 1998, p. 273.

Por su parte el Consejo de Estado, en sentencia del 16 de noviembre de 2001[62], manifestó que los ingresos brutos, como base gravable del impuesto de industria y comercio, incluyen todos aquellos ingresos generados por el ejercicio de las actividades gravadas por la ley y los respectivos acuerdos municipales, ya sea que se trate de ingresos ordinarios o extraordinarios, es decir, independientemente de que se originen en la realización de las actividades previstas en el objeto principal del contribuyente o en la ejecución de cualquiera otra actividad u operación, aunque no forme parte de su objeto principal.

De lo explicado sobre este punto puede concluirse que los "ingresos brutos" son aquellos ingresos, tal como están definidos en el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, que una persona o ente económico recibe antes de restar o detraer cualquier otro concepto, inclusive descuentos, rebajas o devoluciones. Esta es la característica principal de los "ingresos brutos", como su propio nombre lo indica[63].

La segunda nota característica de esta clase de ingresos es que no se relacionan con determinada actividad o grupo de actividades en particular que le sirvan de fuente, razón por la cual, cuando se habla de "los ingresos brutos" de una persona, se hace referencia a todos sus ingresos, es decir, a los originados en cualquier clase de actividad, operación o función que realice, ejecute o cumpla. Lo anterior no se opone a que, para determinado propósito, como puede ser, por ejemplo, determinar la base gravable de cierto tributo, puedan calcularse los ingresos brutos provenientes de una actividad o grupo de actividades en particular, e incluso los ingresos brutos generados por determinada área, sección o dependencia de una sociedad, entidad pública u organización empresarial.

Finalmente, para determinar qué es un ingreso bruto, deben tenerse en cuenta también las normas y los principios de contabilidad que en el futuro rijan para cada sector económico y para cada grupo o tipo de "entes económicos", ya que no puede perderse de vista que, en virtud de lo ordenado por la Ley 1314 de 2009[64], Colombia se encuentra en un proceso de transición y convergencia hacia las normas internacionales de información financiera (NIFs) y de aseguramiento de la información, proceso en el cual tanto los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, como las diferentes superintendencias[65], deben expedir normas e instrucciones contables que se adecúen al nuevo marco regulatorio.

En todo caso, cuando las disposiciones legales (especialmente el artículo 89 de la Ley 1450) se refieren a los ingresos brutos como base gravable de la "tasa de vigilancia" a favor de la Superintendencia de Puertos y Transporte, debe entenderse, en principio, que tal expresión comprende todos los ingresos que los respectivos sujetos pasivos hayan tenido en un determinado período por cualquier concepto, siempre que representen un

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia del 16 de noviembre de 2001. Exp. Nº 76001-23-24-000-1998-0305-01(12299).

63 Una de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua trae para la palabra "bruto/a" es: *"5. Dicho de una cantidad de dinero: Que no ha experimentado retención o descuento alguno… en contraposición a neto".*

64 *"Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento".*

65 Artículos 6º y 10 de la Ley 1314 de 2009.

incremento en su patrimonio, ya sea como un aumento del activo o como una disminución del pasivo.

Sin embargo no puede soslayarse el hecho de que existe una directa e inescindible relación entre la base gravable y el hecho generador, al punto que la base gravable ha sido definida como la magnitud o medida del hecho imponible.

A este respecto el Consejo de Estado ha manifestado[66]:

> *"Jurídicamente, la base gravable constituye la base de cálculo del impuesto, de suerte que debe corresponder a un criterio objetivo y jurídico que únicamente puede señalar el legislador. Tal criterio, lógicamente debe ser acorde con el hecho generador del impuesto, elemento éste que no puede perder su naturaleza o esencia al momento de definir la base gravable del tributo, como quiera que es el núcleo central del mismo".*

En otras palabras, es el presupuesto material o jurídico del impuesto el que determina su base de cálculo, motivo por el cual si bien deben ser compatibles, estos elementos de la obligación no pueden confundirse. Por lo tanto, al interpretar la expresión "ingresos brutos" como base gravable del tributo que nos ocupa, no podría hacerse de forma aislada frente al hecho generador del gravamen, el cual corresponde, como se indicó, a la circunstancia de estar sometida una persona a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Bajo esta línea argumental podría concluirse que los "ingresos brutos" que constituyen la base gravable de la "tasa de vigilancia" establecida a favor de la citada Superintendencia no son todos los que perciban las respectivas personas naturales y jurídicas vigiladas, sino solamente aquellos generados por las actividades sometidas a la inspección, vigilancia y control de dicha autoridad.

No obstante, para llegar a esta conclusión, es necesario analizar primero si la función de inspección, vigilancia y control atribuida por la ley a la Superintendencia de Puertos y Transporte es de naturaleza puramente objetiva, es decir, que recae únicamente sobre ciertas actividades y operaciones realizadas por los vigilados, o si es exclusivamente subjetiva, esto es, si recae sólo sobre las personas vigiladas, en sus aspectos estructurales, organizacionales, corporativos etc. o, finalmente, si dicha función es integral, es decir, cobija tanto los aspectos objetivos como los subjetivos mencionados.

En efecto, si se concluyera que la inspección, vigilancia y control que ejerce esta Superintendencia es exclusiva o primordialmente objetiva, y lo es así en relación con todos los grupos de vigilados, se llegaría a la conclusión de que los "ingresos brutos" a los cuales se refiere la ley son exclusivamente los generados por las actividades vigiladas, es decir, la actividad portuaria, el transporte público, la realización de obras de infraestructura de transporte mediante contratos de concesión etc. Por el contrario, si se asumiera que la inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Puertos y Transporte es

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia del 14 de julio de 2000. Radicación número CE-SEC4-EXP2000-N9822.

principalmente subjetiva, la conclusión anterior se desvanecería, pues no habría suficientes razones lógicas ni jurídicas para afirmar que los "ingresos brutos" que menciona la ley como base gravable de esta "tasa" deben ser únicamente los generados con determinada actividad o conjunto de actividades.

El análisis deviene más complejo si la mencionada función pública no se cumple de igual manera respecto de todos los vigilados. Es decir, si para algunos de ellos la vigilancia es solamente objetiva, para otros es puramente subjetiva, y para algunos otros es mixta o integral, pues lo cierto es que la ley consagra una sola base gravable ("los ingresos brutos") para todos los sujetos de vigilancia, sin hacer ninguna distinción entre unos y otros.

Ahora bien, inicialmente parecía claro que la función de inspección, vigilancia y control confiada por la ley a la entonces Superintendencia General de Puertos era simplemente objetiva o material, en la medida en que recaía sobre *"la actividad portuaria"*, tal como aparece definida en la Ley 1 de 1991[67], la cual es realizada principalmente por las sociedades y los operadores portuarios. A esta conclusión se llega al analizar las funciones que dicha Superintendencia tenía originalmente, previstas en el artículo 27 ibídem, pero sobre todo al observar lo dispuesto en el artículo 26 de la misma ley, que describe el ámbito de competencia de la Superintendencia en los siguientes términos: *"La Superintendencia General de Puertos, ejercerá sus facultades respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones"*. (Subraya la Sala).

No obstante, el carácter puramente "objetivo" de esta función vino a desdibujarse un poco con la expedición del Decreto 101 de 2000, pues esta disposición, además de incluir bajo la vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte (re-denominada así por el mismo decreto) a nuevos grupos de vigilados que no realizan actividades portuarias, otorgó atribuciones y facultades adicionales a dicho organismo, algunas de las cuales no tienen que ver directamente con la actividad principal de esos sujetos, sino con aspectos inherentes a su existencia y organización empresarial. Así por ejemplo, el artículo 44 del Decreto 101, modificado por el artículo 4º del Decreto 1016 de 2000 y por el 6º del Decreto 2741 de 2001, incluyó entre las funciones de la Superintendencia de Puertos y Transportes las siguientes: (i) *"Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa y la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte y concesionarios en general para efectos de los contratos respectivos, de acuerdo con los indicadores y parámetros definidos por la Comisión de Regulación del Transporte y publicar sus evaluaciones"* (numeral 6); (ii) *"acordar con las empresas a que se refiere el numeral 6 del presente artículo, en los casos que el Superintendente estime necesario, programas de gestión dirigidos a procurar su ajuste a los indicadores definidos por la Comisión de Regulación del Transporte"*, y (iii) *"solicitar documentos e información general, inclusive los libros de comercio, así como practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento del objeto de su delegación y funciones"* (numeral 15). (Subrayas fuera del texto).

67 *"Artículo 5º. Definiciones. Para la correcta interpretación y aplicación de esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*
*5.1. Actividad portuaria. Se consideran actividades portuarias la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias.*
*"(…)"*

El Consejo de Estado, por conducto de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al resolver algunos conflictos de competencia[68] que involucraban a la Superintendencia de Puertos y Transporte, consideró que la función de inspección, vigilancia y control asignada a dicho organismo es integral, en el sentido de que recae no solamente sobre la actividad desarrollada por los sujetos vigilados, sino también sobre diversos aspectos administrativos, legales, corporativos y financieros que atañen a su existencia y organización empresarial.

En efecto, en sentencia del 25 de septiembre de 2001[69], mediante la cual se resolvió un conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte relacionada con la competencia para revisar y aprobar el cálculo de los bonos pensionales a cargo de una empresa de transporte masivo urbano, esta Corporación afirmó:

> *"En presencia de esta norma constitucional[70] y dado el conjunto de atribuciones o funciones delegadas a la Supertransporte en relación con las personas que presten el servicio público de transporte, así como las diferentes disposiciones legales que se han examinado, puede concluirse que en relación con la sociedad Metro de Medellín Ltda., la función de la Supertransporte es integral y que cualquier irregularidad jurídica, contable, económica o administrativa que se presente en el caso del Metro de Medellín, entidad prestadora del servicio público de transporte, ha de ser objeto de inspección, control y vigilancia por parte de dicha Superintendencia, con las atribuciones que expresamente se le delegaron precisamente para asegurar la prestación eficiente del servicio, que puede verse afectado no solo en el plano eminentemente objetivo de la prestación misma sino en el subjetivo, que tiene que ver con la persona que los presta, su formación, su naturaleza y sus características, su capacidad económica y financiera etc.".*

Como se aprecia, el Consejo de Estado manifestó en esa ocasión que la función de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Puertos y Transporte, al menos en relación con las empresas de transporte público, es integral, lo cual significa que comprende tanto los aspectos objetivos como los subjetivos de sus vigilados, es decir, tanto lo relacionado con la actividad desarrollada por ellos como lo atinente a su constitución, organización y funcionamiento como personas (naturales o jurídicas).

Esta posición fue reiterada más adelante, en fallo del 5 de marzo de 2002[71], mediante el cual se resolvió un conflicto negativo de competencias administrativas entre la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Superintendencia de Economía Solidaria, para definir a cuál de ellas le correspondía: (i) decidir sobre una solicitud de intervención administrativa de una cooperativa dedicada al transporte, y (ii) resolver sobre un proyecto de reparto de dividendos o excedentes financieros de otra cooperativa transportadora. En relación con ambos asuntos el Consejo de Estado determinó que la competencia recaía en la Superintendencia de Puertos y Transporte debido al carácter especializado de

68 Cuando dicha función estaba atribuida a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es decir, antes de la Ley 964 de 2005, que reasignó tal competencia a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

69 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de septiembre de 2001. Radicación número C-746.

70 Se refería al artículo 365 de la Constitución Política.

71 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de marzo de 2002. Exp. N° 11001-03-15-000-2001-0213-01.

la inspección, vigilancia y control que ejerce sobre las empresas de transporte, independientemente de que estas formen parte del sector solidario.

Por su parte la Sala de Consulta y Servicio Civil ha resuelto en varias ocasiones conflictos de competencia positivos y negativos suscitados entre superintendencias distintas a la de Puertos y Transporte, en relación con las cuales ha enfatizado la necesidad de precisar el carácter objetivo o subjetivo de la función de inspección, vigilancia y control asignada, para establecer en concreto si una determinada función está a cargo de una u otra de las autoridades en conflicto.

Así por ejemplo en decisión del 21 de julio de 2005[72], mediante la cual se resolvió un conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Nacional de Salud, en relación con la autoridad competente para investigar unas supuestas irregularidades de carácter administrativo y societario ocurridas en una Institución Prestadora de Salud (IPS), esta Sala consideró que tal atribución debía ser ejercida por la Superintendencia de Sociedades, ya que la función de inspección, vigilancia y control asignada a esa Superintendencia es de carácter orgánico o subjetivo y recae sobre todas las sociedades comerciales, mientras que la función otorgada a la Superintendencia de Salud es de carácter objetivo o material y recae sobre el servicio público de salud.

En el mismo sentido se pronunció la Sala en decisiones del 31 de agosto de 2005[73], 26 de enero de 2006[74] y 4 de octubre de 2006[75], mediante las cuales resolvió también conflictos de competencia entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Nacional de Salud.

En providencia del 25 de septiembre de 2008 la Sala de Consulta y Servicio Civil resolvió un conflicto de competencias entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la de Sociedades relacionada con una queja que se presentó contra una sociedad vigilada por la Superintendencia de Sociedades, pero concerniente a una operación mercantil efectuada por aquella. En esta decisión la Sala reiteró que la función de inspección, vigilancia y control asignada por la ley a las superintendencias puede ser de carácter objetivo o subjetivo, y consideró que en ese caso la Superintendencia de Industria y Comercio era la competente para realizar la investigación administrativa, dado que la función de inspección y vigilancia asignada a ella es de carácter objetivo o material, mientras que la función de inspección, vigilancia y control atribuida a la Superintendencia de Sociedades es de índole subjetiva.

Sobre el mismo asunto, en el estudio intitulado *"La regulación de los conflictos de competencias administrativas en el derecho colombiano"*, publicado en las memorias de la Sala de Consulta del año 2009[76], se comenta lo siguiente:

72 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 21 de julio de 2005. Expediente Nº 11001-03-15-000-2005-00335-00.

73 Ídem, Exp. Nº 11001-03-15-000-2005-00398-00.

74 Ídem, Exp. Nº 11001-03-15-000-2005-00016-00.

75 Ídem, Exp. Nº 11001-03-15-000-2001-00755-00.

76 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2009, p. 98. *"La regulación de los conflictos de competencias administrativas en el derecho colombiano"*, estudio elaborado por el doctor Eduardo Vargas Rozo, Magistrado Auxiliar de esta Sala.

*"4.7 Doctrina de la Sala en conflictos de competencias administrativas en los que se ha delimitado el cumplimiento de las funciones aparentemente concurrentes de algunas Superintendencias.*

*"En ocasiones la Sala de Consulta y Servicio Civil ha revisado conflictos suscitados entre las Superintendencias en relación con la competencia negativa o positiva frente al ejercicio de la inspección, vigilancia y control de una determinada actividad y de los agentes que la desarrollan. Para resolverlos, ha recurrido normalmente a los criterios "objetivo o material" y "subjetivo u orgánico".* (Subraya añadida).

A la luz de los lineamientos doctrinales fijados por esta Sala habría que concluir que la función de inspección, vigilancia y control atribuida a la Superintendencia de Puertos y Transporte es principal o predominantemente objetiva, aunque involucra algunas atribuciones de carácter subjetivo.

En efecto, desde la creación de dicho organismo con el nombre de Superintendencia General de Puertos, la Ley 1 de 1991, artículo 26, estableció que ejercería *"…sus facultades respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones"*. (Se subraya).

Posteriormente el artículo 40 del Decreto 101 de 2000, mediante el cual se transformó dicho organismo en la actual Superintendencia de Puertos y Transporte, dispuso que se delegaban en esa entidad *"las funciones de inspección, control y vigilancia del servicio público de transporte que le atribuye el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República"* (subraya la Sala). Es pertinente recordar que, conforme a dicho canon constitucional, una de las funciones del Presidente es la de *"ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos"*. (Se subraya).

El artículo 3º del Decreto 1016 de 2000 estableció, en el mismo sentido, que el objeto de la Superintendencia de Puertos y Transporte consiste en "*ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia que le corresponden al Presidente de la República… en materia de puertos de conformidad con la Ley 01 de 1991 y en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la delegación prevista en el Decreto 101 del 2 de febrero de 2000".* (Se subraya).

Así mismo, al revisar las funciones que competen a la Superintendencia conforme a los artículos 41 del Decreto 101 de 2000 y 4º del Decreto 1016 de 2000, tal como fueron modificados por los artículos 3º y 6º del Decreto 2741 de 2001, respectivamente, se observa que la gran mayoría de ellas se refiere a aspectos objetivos o materiales de las actividades portuaria, de transporte, de tránsito y de construcción, mantenimiento y operación de la infraestructura de transporte, tales como: (i) "*inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte*"; (ii) *"inspeccionar, vigilar y controlar la permanente, eficiente y segura prestación del servicio de transporte*"; (iii) "*inspeccionar y vigilar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte*";

(iv) "*inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación de las normas para el desarrollo de la gestión de infraestructura propia del sector transporte*"; (v) "*inspeccionar y vigilar la administración de los puertos fluviales a cargo de la Nación*", y (vi) "*asumir, de oficio o por solicitud de cualquier persona interesada, la investigación de las violaciones de las normas sobre transporte, la adecuada prestación del servicio público de transporte y el desarrollo de la gestión de infraestructura del sector transporte*", entre otras.

En este punto resulta ilustrativa la modificación efectuada por el artículo 4º del Decreto 2741 de 2001 al artículo 42 del Decreto 101 de 2000, que dispone cuáles son las personas naturales y jurídicas sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, en el sentido de precisar que tales sujetos estarán sometidos a dicha supervisión "*exclusivamente para el ejercicio de la delegación prevista en los artículos 40, 41 y 44 de este decreto o en las normas que lo modifiquen*"[77]. (Se destaca).

Es cierto que las normas citadas también le asignan a esta Superintendencia algunas atribuciones en relación con las personas naturales y jurídicas que realizan tales actividades, potestades que podrían calificarse como propias de una inspección, vigilancia y control de carácter subjetivo, pero debe tenerse en cuenta que esas atribuciones se concentran principalmente en las empresas de transporte público y en los concesionarios para la infraestructura de transporte, y se relacionan con el cumplimiento de los indicadores y metas de gestión financiera, técnica, administrativa y de calidad del servicio que señale la Comisión de Regulación de Transporte[78], la cual, como se indicó, no existe en la actualidad.

También es verdad que las mismas disposiciones facultan a la Superintendencia para "*solicitar documentos e información general, inclusive libros de comercio, así como practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento del objeto de su delegación y funciones*" pero, como lo advierte el mismo precepto citado, tal potestad solamente puede ser ejercida para el cumplimiento de las funciones delegadas a dicha entidad en los términos que se ha venido explicando, es decir, para lograr fundamentalmente la adecuada, segura, eficiente y transparente prestación del servicio público de transporte y de las actividades relacionadas con éste (actividad portuaria, de tránsito, de construcción de infraestructura, de capacitación para el transporte etc.).

Por otro lado es importante citar lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995[79]:

---

77 *"Artículo 42 (modificado por el artículo 4º del Decreto 2741 de 2001). Sujetos de inspección, vigilancia y control delegados. Estarán sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte, exclusivamente para el ejercicio de la delegación prevista en los artículos 40, 41 y 44 de esta decreto o en las normas que lo modifiquen, las siguientes personas naturales o jurídicas: (…)".* (Subrayamos).

78 El artículo 4º del Decreto 1016 de 2000, modificado por el artículo 6º del Decreto 2741 de 2001, dispone, en lo pertinente:
*"Artículo 4. Funciones. La Superintendencia de Puertos y Transporte, en consonancia con la Ley 01 de 1991 y de conformidad con los artículos 41 y 44 del Decreto 101 de 2000 ejercerá las siguientes funciones:*
*"(…)*
*"6. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa y la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte y concesionarios en general para efectos de los contratos respectivos, de acuerdo con los indicadores y parámetros definidos por la Comisión de Regulación del Transporte y publicar sus evaluaciones.*
*"(…)*
*"8. Acordar con las empresas a que se refiere el numeral 6 del presente artículo, en los casos que el Superintendente estime necesario, programas de gestión dirigidos a procurar su ajuste a los indicadores definidos por la Comisión de Regulación del Transporte.*
*"(…)".*

79 *"Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones".*

*"Artículo 228. Competencia residual. Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades, serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas. En caso contrario, le corresponderá a la, (sic) Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores". (Subraya fuera del texto).*

Las atribuciones mencionadas por dicha norma son las que consagran los artículos 84 y 85 ibídem, las cuales, como lo señala el artículo 228, no podrían entenderse otorgadas a la Superintendencia de Puertos y Transporte a menos que otra norma se las haya asignado expresamente, lo cual no ha sucedido de manera general sino apenas en relación con algunas funciones puntuales y/o frente a ciertos vigilados.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que en el caso de los concesionarios para la infraestructura de transporte y de los organismos de tránsito y transporte el Decreto 101 de 2000, al someterlos a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, limitó expresamente dicha sujeción a determinadas actividades y para ciertos fines. Así lo dispone el artículo 42 de este decreto, modificado por el artículo 4º del Decreto 2741 de 2001:

*"Artículo 42. Sujetos de la inspección, vigilancia y control delegados. Estarán sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte… las siguientes personas naturales o jurídicas:*

*"(…)*

*2. Las entidades del Sistema Nacional de Transporte, establecidas en la ley 105 de 1993, excepto el Ministerio de Transporte, en lo relativo al ejercicio de las funciones que en materia de transporte legalmente les corresponden.*

*3. Los concesionarios, en los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte en lo relativo al desarrollo, ejecución y cumplimiento del contrato, sobre los cuales se ejercerá inspección y vigilancia.*

*"(…)"* (Se resalta).

En esa medida: si la función de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Puertos y Transporte recae fundamentalmente sobre las actividades citadas, tal como se ha demostrado; si el hecho generador de la "tasa de vigilancia" a la cual se refiere este concepto es el hecho de estar una persona sometida a la inspección, vigilancia y control de esa superintendencia; si la base gravable de dicho tributo son los ingresos brutos obtenidos por las entidades y personas vigiladas, y si es necesario que exista una íntima e inseparable relación entre el hecho generador y la base gravable, como quiera que esta es la medida o magnitud de aquel, todo lo anterior permite deducir razonablemente que los "ingresos brutos" a los cuales se refieren el artículo 27, numeral 2º de la Ley 1 de

1991 y el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011, son aquellos generados por las actividades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, y no la totalidad de los ingresos brutos que cada uno de los contribuyentes obtenga en un período dado, por cualesquiera actividades, funciones y operaciones que realice.

Así lo han entendido tanto las autoridades de la Rama Ejecutiva en varios actos administrativos mediante los cuales, a lo largo del tiempo, han dado instrucciones a los sujetos vigilados sobre la forma de liquidar esta "tasa", como el mismo Consejo de Estado en su jurisprudencia. En efecto, en múltiples actos que, al menos desde 1992, han dictado el Gobierno nacional, la Superintendencia de Puertos y Transportes (antes la Superintendencia General de Puertos) y la Comisión de Regulación de Transporte para instruir a los sujetos vigilados sobre la forma de liquidar este tributo[80], se ha señalado invariablemente que la base gravable sobre la cual debe aplicarse la tarifa está conformada por la sumatoria de los ingresos brutos obtenidos por cada contribuyente en el desarrollo de sus "actividades vigiladas". Algunas de estas resoluciones fueron demandadas ante el Consejo de Estado por distintos motivos, y dicha Corporación, en fallos proferidos por las Secciones Primera y Cuarta[81], ha considerado lógico y hasta "obvio" que los ingresos brutos que deban tomarse para determinar la base gravable de este tributo sean únicamente los generados por las "actividades vigiladas". Así por ejemplo, en sentencia del 19 de septiembre de 2013[82] la Sección Primera manifestó:

> *"Establecido, entonces, que los ingresos brutos a que refiere la norma[83] no contemplan deducciones específicas… cabe ahora precisar que en tratándose de la tasa de vigilancia a pagar a la Superintendencia de Puertos, esos ingresos brutos constitutivos de la base gravable del tributo, han de corresponder a los generados en la actividad portuaria desarrollada por el obligado. Al efecto, es de anotar que las partes coinciden en el hecho de que el Decreto 2091 de 1992, por el cual se reglamenta la actividad de los operadores portuarios, preceptúa que estos deben llevar una contabilidad que facilite el seguimiento del cobro de la tasa en los siguientes términos:*
>
> > *"Artículo 5. El operador portuario llevará la contabilidad relacionada con su actividad de tal, en forma independiente, con el fin de facilitar el cobro de la tasa de vigilancia por parte de la Superintendencia General de Puertos". (Subrayado fuera de texto).*
>
> *"En este orden, es de puntualizar… que los ingresos brutos sobre los cuales se ha de liquidar la base gravable de la tasa de vigilancia son los asociados a su actividad como operador portuario, y que, a su turno, hallan una correlación directa con el servicio de vigilancia que el usuario recibe del Estado para el ejercicio de dicha actividad. Así lo ha*

80 En este sentido, pueden consultarse, a título de ejemplo, el Decreto 2091 de 1992 (artículo 5º), y las Resoluciones Nos. 0050 de 1997 y 270 de 2000 de la Superintendencia General de Puertos; 2244 de 2002 y 7376 de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, y 002 de 2002 de la Comisión de Regulación del Transporte.

81 A este respecto, pueden revisarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Primera: del 15 de abril de 2010 (exp. 11001-03-27-000-2006-00008-00), del 27 de mayo de 2010 (exp. 25000-23-27-000-2005-01869-01) y del 19 de septiembre de 2013 (exp. 25000-23-27-000-2004-01332-01), así como la sentencia del 21 de noviembre de 2007 (exp. 11001-03-27-000-2005-00068-00) de la Sección Cuarta.

82 Ver pie de página anterior.

83 Se refiere al artículo 27, numeral 2º de la Ley 1 de 1991.

*reconocido esta Sección en sentencia de 27 de mayo de 2010, Exp. No. 2005-01869-01, M. P. Dr. Rafael Ostau De Lafont al indicar:*

> "…Según el artículo 27.2 de la Ley 1ª de 1991, la base para liquidar la mencionada tasa de vigilancia son los ingresos brutos que obtengan las sociedades portuarias y los operadores portuarios, obviamente, en el desarrollo de sus actividades portuarias o, lo que es, igual, en desarrollo de su objeto social relacionadas con el puerto que tengan en concesión…" *(Se subraya).*

*"De lo expuesto, se recalca que los ingresos brutos asociados a la actividad portuaria hacen referencia a los recibidos en ejercicio de la misma, y por tanto, habrán de excluirse de la base gravable de la tasa de vigilancia, únicamente los ingresos generados en labores que no hallen relación alguna con los servicios portuarios. (…)"* (Subrayas añadidas).

Una interpretación opuesta, además de contrariar los argumentos expuestos, podría llevar al indeseable efecto de que las personas vigiladas cuyos ingresos brutos provienen, en su mayor parte, de actividades que no están sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte (por ejemplo, actividades industriales o comerciales de diverso tipo), terminen contribuyendo a financiar los gastos de funcionamiento e inversión de dicho organismo en forma proporcionalmente más alta que otros vigilados cuyos ingresos brutos, a pesar de ser similares en valor, se originen exclusiva o principalmente en actividades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la referida Superintendencia. Lo anterior podría desconocer los principios de equidad y progresividad que, junto con el de eficiencia, constituyen pilares del sistema tributario, según lo preceptuado por el artículo 363 de la Carta Política.

### 2. Ingresos operacionales y no operacionales

Si bien los ingresos generados por las actividades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte son en general ingresos operacionales, no son todos los ingresos operacionales que una entidad vigilada puede obtener, pues en dicha categoría también quedan comprendidos los provenientes de otras actividades económicas que los sujetos vigilados realicen en desarrollo de su objeto principal (en el caso de las personas jurídicas) o del giro ordinario de sus negocios.

En efecto, de acuerdo con el Decreto 2650 de 1993[84], mediante el cual se aprobó el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, y de cuya aplicación solamente se excluyen las entidades pertenecientes a los sectores financiero, asegurador y cooperativo (artículo 5º), el rubro de ingresos **operacionales** "*comprende los valores recibidos y/o causados como resultado de las actividades desarrolladas en cumplimiento de su objeto social mediante la entrega de bienes y servicios, así como los dividendos, participaciones y demás ingresos por concepto de intermediación financiera, siempre y cuando se identifique con el objeto social principal del ente económico*"[85]. (Se destaca).

84 Modificado por el Decreto 2894 de 1994.

85 Capítulo III (Descripciones y dinámicas), artículo 15, clase 4 (Ingresos), grupo 4.1 (Operacionales).

En contraste, el mismo decreto define los ingresos **no operacionales** como los "*provenientes de transacciones diferentes a las del objeto social o giro normal de los negocios del ente económico e incluye entre otros, los ítems relacionados con operaciones de carácter financiero en moneda nacional o extranjera, arrendamientos, servicios, honorarios, utilidad en venta de propiedad planta* (sic) *y equipo e inversiones, dividendos y participaciones, indemnizaciones, recuperaciones de deducciones e ingresos de ejercicios anteriores".*[86] (Se destaca).

Por lo tanto, los ingresos obtenidos por las personas naturales y jurídicas vigiladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte en desarrollo de actividades distintas de aquellas que son objeto de la inspección y vigilancia de dicho organismo, si bien deben considerarse como "ingresos operacionales", no deben formar parte de la base gravable de la "tasa de vigilancia" que se analiza, pues se originan en actividades que no se encuentran bajo la supervisión de la citada Superintendencia. Por esta razón no sería válido sostener que la base gravable de dicho tributo está conformada por la totalidad de los ingresos brutos operacionales obtenidos por los sujetos vigilados, sino solamente por aquellos ingresos brutos generados por las actividades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la referida autoridad.

Finalmente es importante aclarar que el principio de legalidad de los tributos no impide que las normas tributarias, incluso aquellas que definen los elementos esenciales de un tributo, puedan ser interpretadas para encontrar su verdadero y auténtico sentido, o para armonizar tales disposiciones con el resto del ordenamiento jurídico. En este sentido la Corte Constitucional ha explicado[87]:

> *"(…) es del caso indicar que si bien el operador jurídico no puede sustentar su labor desde una interpretación estrictamente literal de la ley tributaria, sino que es menester utilizar todos los elementos hermenéuticos para definir el espíritu de la norma respectiva[88], lo cierto es que deberá declararse la inconstitucionalidad de la misma cuando se enfrentan problemas de interpretación insalvables. En estos términos la Corporación[89] ratificó este criterio:*
>
> > '(...) Es evidente que, si estas [las dificultades de interpretación] son insuperables, la norma es inexequible, pues la ley debe fijar de manera clara e inequívoca los elementos de la obligación tributaria (C.P., art. 338). Las leyes tributarias, como cualesquiera otras, pueden suscitar variados problemas interpretativos en el momento de su ejecución y aplicación, lo cual no puede de suyo acarrear su inexequibilidad. Sin embargo, si éstos se tornan irresolubles, por la oscuridad invencible del texto legal que no hace posible encontrar una interpretación razonable sobre cuáles puedan en definitiva ser los elementos esenciales del tributo, se impone concluir que los mismos no fueron fijados y que, en consecuencia, la norma vulnera la Constitución…

86 Ídem, grupo 4.2 (No operacionales).
87 Corte Constitucional. Sentencia C-1371 del 11 de octubre de 2000. Exp. Nº D-2900.
88 *"[17] Sentencia C-495 de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz".*
89 *"[18] Sentencia C-253 de 1995, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz".*

*"Bajo esta consideración, la Corte encuentra que la norma demandada… en lo que a la tasa allí establecida se refiere, precisa algunos de sus elementos esenciales y permite obtener una interpretación razonable de otros para configurar la obligación tributaria, mediante un análisis sistemático y lógico de la normatividad que rige la materia…".* (Subrayas fuera del texto).

## E. El caso particular de las empresas de transporte aéreo, los concesionarios viales y las empresas con vehículos afiliados

Con el fin de responder las preguntas formuladas en la consulta es necesario analizar por separado los siguientes casos particulares, a la luz de los conceptos generales que se han explicado:

### 1. Las empresas de transporte aéreo

La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, surgió de la fusión del entonces Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutico Nacional (FAN), ordenada por el Decreto 2171 de 1992.

En la actualidad es una entidad pública dotada de personería jurídica, cuyo objeto, funciones y patrimonio se encuentran regulados principalmente en la Ley 105 de 1993 y en los Decretos 2171 de 1992, 101 de 2000, 2741 de 2001 y 260 de 2004[90].

En particular, el artículo 47 de la Ley 105 de 1993 estatuye que "*las funciones relativas al transporte aéreo, serán ejercidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil como Entidad especializada adscrita al Ministerio de Transporte*". El artículo 48 de la misma ley añade que la Aeronáutica Civil "*ejercerá funciones de reglamentación, control, supervisión y sanción sobre quienes presten los servicios aeroportuarios*…", y el artículo 55 *ejusdem* consagra el régimen sancionatorio que puede aplicar esa entidad "*a los particulares, personas naturales o jurídicas relacionadas con el sector, por la violación de los reglamentos aeronáuticos y las demás normas que regulan las actividades del sector aeronáutico*".

Así mismo, el artículo 5 del Decreto 260 de 2004 incluye entre las funciones de la Aerocivil, las siguientes: "*Dirigir, organizar, coordinar, regular técnicamente el transporte aéreo*" (numeral 5); "*controlar, supervisar y asistir la operación y navegación aérea que se realice en el espacio aéreo sometido a la soberanía nacional*" (numeral 6); "*desarrollar, interpretar y aplicar en todos sus aspectos las normas sobre aviación civil y transporte aéreo y ejercer vigilancia sobre su cumplimiento*" (numeral 8); "*vigilar, evaluar y controlar el cumplimiento de las normas aeronáuticas y aeroportuarias en los aeropuertos propios, concesionados, descentralizados o privados*" (numeral 11), e "*intervenir y sancionar en caso de violación a los reglamentos aeronáuticos o a la seguridad aeroportuaria*" (numeral 13).

90 *"Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - Aerocivil y se dictan otras disposiciones".*

Este conjunto de normas permite concluir con certeza que la supervisión del espacio aéreo del país y de la aviación civil, incluyendo en ésta el transporte aéreo, es competencia exclusiva de la U. A. E. de Aeronáutica Civil.

En cuanto a la delimitación y eventual concurrencia de las funciones a cargo de dicha entidad y la Superintendencia de Puertos y Transporte, el artículo 44, parágrafo 5º del Decreto 101 de 2000, modificado por el Decreto 2741 de 2001, preceptúa:

> *"Parágrafo 5º. La Aerocivil continuará ejerciendo las funciones de inspección y vigilancia que le asigna la ley, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia que también tiene la Superintendencia de Puertos y Transporte en los contratos de concesión en infraestructura aeroportuaria".*

Como se aprecia, la norma reconoce que la Aeronáutica Civil ejerce funciones de inspección y vigilancia, las cuales, como se ha explicado, recaen sobre la aviación civil en general y sobre el transporte aéreo en particular.

De acuerdo con los principios generales de la función administrativa, previstos entre otras normas en los artículos 209 de la Constitución Política y 3° de la Ley 489 de 1998 y en atención a los criterios que deben tenerse en cuenta para la asignación y el ejercicio de las competencias administrativas, establecidos en el artículo 5º ibídem[91], no podría sostenerse que las actividades mencionadas estén sujetas a una supervisión concurrente de la Aeronáutica Civil y de la Superintendencia de Puertos y Transporte, salvo en lo que respecta a la inspección y vigilancia sobre la ejecución de los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura aeroportuaria, como lo dispone expresamente el artículo 44, parágrafo 5º del Decreto 101 de 2000.

En efecto, siendo la Aeronáutica Civil una entidad pública de carácter técnico y especializado, cuyo objeto y funciones son las que se han descrito, que además está calificada por el artículo 2º del Decreto 260 de 2004 como la "*autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional*", debe concluirse que la función de inspección y vigilancia sobre la actividad del transporte aéreo, público y privado, compete exclusivamente a dicha Unidad Administrativa Especial, con exclusión de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Ahora bien, dado que, como se explicó, la Superintendencia de Puertos y Transporte tiene algunas potestades o atribuciones sobre las empresas que prestan el servicio público de transporte en todos los modos, incluyendo el aéreo, tales facultades pueden ser ejercidas también por dicha Superintendencia sobre las empresas de transporte público aéreo.

Teniendo en cuenta que la base gravable de la "tasa de vigilancia" está conformada por los ingresos brutos generados por las entidades vigiladas en desarrollo de las actividades

91 *"Artículo 5º. 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.*
*Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos".*

sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, resultaría forzoso concluir que, en el caso de las empresas de transporte aéreo, no habría base gravable sobre la cual liquidar este tributo, a menos que dichas empresas realicen, al mismo tiempo, otra u otras de las actividades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la citada Superintendencia[92], pues el servicio de transporte aéreo que prestan no está vigilado por la citada Superintendencia sino por la Aerocivil.

El principio de legalidad de los tributos y el principio lógico de coherencia obligan a derivar esta conclusión. En efecto, debe recordarse que la base gravable de la "tasa de vigilancia" que nos ocupa está fijada directamente por la ley, como lo exige el artículo 338 de la Constitución Política, y que es igual para todas las personas naturales o jurídicas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia, pues la ley no ha fijado bases gravables distintas o diferenciales, en atención al tipo o naturaleza de los sujetos vigilados, ni a la clase de actividades que realicen, como hubiera podido hacerlo.

Por lo tanto, si se asumiera que la referida base gravable está conformada por la totalidad de los ingresos brutos que obtengan los vigilados, por cualesquiera funciones, actividades, operaciones o actos que realicen o celebren, habría que concluir que las empresas de transporte aéreo, al igual que las demás personas vigiladas, deben tributar sobre la totalidad absoluta de sus ingresos brutos. Pero si se interpreta que la base gravable está conformada por los ingresos brutos que los sujetos vigilados generen con las actividades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, resulta necesario concluir que las empresas de transporte aéreo que no realicen otras actividades vigiladas por esa Superintendencia, carecerían de base gravable sobre la cual deban liquidar el mencionado tributo.

Lo que no sería jurídica ni lógicamente aceptable es que para algunos sujetos vigilados se asuma como base gravable la totalidad de sus ingresos brutos, y para otros se tomen solamente los ingresos brutos generados por determinada actividad o grupo de actividades, ya que ni la ley permite este trato diferencial ni las autoridades administrativas pueden crear o modificar la base gravable de este tributo para cierto grupo de personas vigiladas, pues con ello vulnerarían ostensiblemente el principio de legalidad en materia tributaria. Más ilógico aun resultaría que se tomara como base gravable para cierta clase de vigilados (por ejemplo, las empresas de transporte aéreo) los "ingresos brutos" generados por una actividad que precisamente no está vigilada por la citada Superintendencia (el transporte aéreo).

## 2. Los concesionarios para la infraestructura de transporte

El artículo 42 del Decreto 101 de 2000, modificado por el artículo 4º del Decreto 2741 de 2001, incluyó a los concesionarios como sujetos de la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Puertos y Transporte, en los siguientes términos:

92 Por ejemplo, si se tratara de una empresa de transporte multimodal que, además del modo aéreo, operase también en otros modos de transporte.

*"Los concesionarios, en los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte en lo relativo al desarrollo, ejecución y cumplimiento del contrato, sobre los cuales se ejercerá inspección y vigilancia".*

En relación con el origen, la naturaleza, las características, la regulación y los efectos jurídicos de los contratos de concesión para la construcción, mantenimiento y operación de obras públicas con destino al transporte, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció recientemente *in extenso*, en los conceptos radicados con los números 2148, 2149 y 2150[93], a los cuales remite la Sala en esta ocasión por razones de concisión y economía.

Sin embargo, para los efectos de esta consulta, es importante hacer una referencia especial a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012[94]:

*"Artículo 24. Patrimonio autónomo. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.*

*"(…)"* (Subraya la Sala).

Así mismo, es necesario recordar que "*las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas*" (Ley 1508 de 2012, artículo 2º).

Se colige de lo anterior que los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte, que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1508[95], constituyen esquemas de asociación público-privada y deben sujetarse, por lo tanto, a las disposiciones de dicha ley, incluyendo la obligación de administrar todos los recursos vinculados al proyecto mediante un patrimonio autónomo que debe constituir el contratista-concesionario.

Antes de dicha normatividad, ningún precepto legal impuso la misma obligación a las partes en los contratos de concesión. Sin embargo, de acuerdo con los principios y las reglas generales contenidos en la Ley 80, y en particular con el principio de la autonomía de la voluntad, en los contratos de concesión suscritos antes de la Ley 1508 de 2012 podía pactarse la obligación de constituir un patrimonio autónomo, mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil, o bien un encargo fiduciario, para administrar por este

93 Conceptos del 23 de agosto, 2 de agosto y 30 de octubre de 2013, respectivamente.

94 *"Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones".*

95 Diez (10) de enero de 2012.

medio todos o parte de los recursos financieros vinculados al objeto de la concesión, si así lo exigía la entidad contratante en el respectivo pliego de condiciones.

Dado que la consulta alude en este punto a la administración de los recursos del proyecto por parte del concesionario mediante "*un Patrimonio Autónomo o Encargo Fiduciario*", situación que, como se explicó, puede darse con los contratos de concesión celebrados antes o después de la Ley 1508 (aunque en estos últimos solo puede constituirse un patrimonio autónomo), se debe analizar por separado ambas posibilidades.

Respecto de la diferencia entre los contratos de fiducia mercantil y de encargo fiduciario, esta Sala manifestó lo siguiente en el concepto Nº 1759 de 2006[96], con apoyo en la doctrina de la entonces Superintendencia Bancaria:

> *"Con fundamento en el Estatuto Orgánico en comento, la Superintendencia Bancaria[97] expidió la Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica), y en ella precisa:*
>
> > *"'*Para los efectos de esta Circular, se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que esta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes'.[98]
>
> *"Significa lo anterior que en el derecho colombiano, el encargo fiduciario y la fiducia mercantil son modalidades del negocio fiduciario que se caracteriza por la entrega de unos bienes para obtener una finalidad determinada, diferenciándose ente sí, porque en el encargo no se transfiere la propiedad de los bienes en tanto que en la fiducia sí".*[99] (Se resalta).

Es claro, entonces, que el contrato de encargo fiduciario no permite la constitución de un patrimonio autónomo, por lo cual tampoco da lugar a la enajenación de bienes del constituyente. Por el contario, el contrato de fiducia mercantil sí da origen a un patrimonio autónomo, lo que implica necesariamente la enajenación o transferencia de la propiedad de algunos bienes del fideicomitente o constituyente hacia dicho patrimonio.

---

96 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Nº 1759 del 19 de julio de 2006.

97 *"[7] Ahora Superintendencia Financiera de Colombia, en virtud del decreto 4327 del 2005 (noviembre 25)*, 'Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura'".

98 *"[8] Mediante la Circular Externa 007 de 1996 (modificada varias veces desde su expedición), "reúne las diferentes instrucciones en materia jurídica emitidas por la Superintendencia Bancaria …"*

99 *"[9] El negocio fiduciario, en la doctrina colombiana, también es comprensivo del fideicomiso regulado en el código Civil, en cuanto éste se caracteriza igualmente por la destinación de unos bienes a un propósito determinado, pero se regula como una limitación al derecho de dominio. Cfr. Arts. 794 a 822".*

Específicamente en relación con la constitución de patrimonios autónomos para el manejo de los recursos destinados a proyectos de infraestructura de transporte por el sistema de concesión, la Sala explicó lo siguiente en el concepto Nº 1802 de 2007[100]:

> *"Así, tratándose del contrato de concesión, el contrato de fiducia mercantil que se celebre para la constitución del patrimonio autónomo, contiene como estipulaciones:*
>
> *a) su objeto, que es precisamente la constitución del patrimonio autónomo con los bienes y derechos afectos a la ejecución del proyecto concesionado, de manera que la entidad fiduciaria sea la propietaria fiduciaria de los bienes fideicomitidos;*
>
> *b) la transferencia que el fideicomitente hace al fiduciario, de la propiedad de los bienes, recursos y derechos, que correspondan al proyecto, el derecho a percibir los recaudos del peaje y los demás derechos patrimoniales que en el contrato son del concesionario, e incluyendo todos los demás que se lleguen a recibir por razón del contrato de concesión;*
>
> *c) los acreedores garantizados y los beneficiarios, entre los cuales están: el fideicomitente (el concesionario); y el Instituto Nacional de Vías,* "por el excedente en el recaudo de los peajes…".
>
> *"Es decir, el patrimonio autónomo recoge todos los bienes y recursos aportados por el concesionario para el desarrollo del contrato y también el recaudo del peaje, a título de pago para el concesionario…"*

La distinción entre el contrato de fiducia mercantil y el de encargo fiduciario resulta esencial para los efectos de esta consulta, ya que si los recursos financieros y demás activos asociados a la ejecución de un contrato de concesión son administrados por una fiduciaria mediante un contrato de encargo fiduciario celebrado con el respectivo concesionario, es evidente que la totalidad de los recursos entregados a dicho encargo, que técnicamente correspondan a un ingreso de acuerdo con la definición contenida en el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, constituyen ingresos brutos para ese concesionario y, por lo tanto, integran la base gravable de la "tasa de vigilancia" a cargo del contratista, pues tales recursos y activos entran desde el principio a su patrimonio y lo incrementan.

Así por ejemplo los aportes entregados por la entidad estatal contratante y lo que el concesionario perciba por concepto de peajes, contribución de valorización, tasas u otras formas de explotación económica de la obra, conforman ingresos brutos para dicha persona natural o jurídica. Esta conclusión no varía ni se desvirtúa por el hecho de que los recursos sean entregados a una sociedad fiduciaria para que los administre mediante un encargo fiduciario, pues al no conformar éste un patrimonio autónomo, tales recursos ingresan en el patrimonio del concesionario. No ocurre lo mismo, como es obvio, con las sumas de dinero que aporte directamente el concesionario y que entregue a la fiduciaria para que formen parte del mismo encargo, pues al ser recursos que ya estaban en su

100 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Nº 1802 del 7 de marzo de 2007.

patrimonio y que no salen ni entran a este, tampoco constituyen un ingreso para dicha persona desde el punto de vista contable.

La situación es completamente distinta en el caso de los recursos que son manejados por un patrimonio autónomo conformado mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil, pues en tal caso los recursos y demás activos que sean entregados a dicho patrimonio y que pasan a ser de su propiedad, así como la disminución de los pasivos que experimente el mismo, no constituyen en un primer momento ingresos para el concesionario, sino ingresos del propio patrimonio autónomo.

Lo anterior no significa que tales hechos económicos nunca generen ingresos para el concesionario, quien es a la vez el constituyente y, parcialmente, el beneficiario del contrato de fiducia mercantil, pues en la medida en que el patrimonio autónomo vaya asumiendo obligaciones dinerarias frente al concesionario (verbigracia, aquellas que correspondan a su remuneración o utilidad estipulada en el contrato de concesión), o vaya extinguiendo pasivos que tal contratista tenga para con el mismo fideicomiso o con terceros, se van generando entonces ingresos brutos para este, que entran a forman parte de la base gravable de la "tasa de vigilancia" que nos ocupa, en el período respectivo.

Así lo ha entendido en varias sentencias el Consejo de Estado, Sección Cuarta, al referirse a la base gravable del impuesto de industria y comercio de las firmas constructoras que ejecutan obras públicas por el sistema de concesión. Por ejemplo, en sentencia del 24 de septiembre de 2009[101] manifestó:

> *"La discusión que entablaron las partes… se circunscribió, respecto de la base gravable, a dos aspectos fundamentales. El primero, que los ingresos que percibió el demandante no eran susceptibles de ser gravados bajo la consideración de que, una parte de estos, concretamente los provenientes del aporte público, fueron administrados por una Sociedad Fiduciaria mediante un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos. El segundo, que parte de la remuneración percibida con ocasión de la ejecución del contrato de concesión de obra pública le permitieron al demandante recuperar parte de lo invertido en la obra.*
>
> *"Considera la Sala, que el primer argumento no es de recibo para revocar los actos demandados. Tal como se precisó anteriormente, los recursos que el Estado suministra para la ejecución de un contrato de concesión de obra pública, a través de un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, se entienden ejecutados una vez ingresan al patrimonio autónomo.*
>
> *"Ahora, si bien tales recursos no forman parte del patrimonio del demandante sino del fideicomiso, es claro que a medida que se fueron efectuando los desembolsos a favor del fideicomitente, que en este caso era el demandante, se fueron generando los ingresos a su favor".*

101 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, veinticuatro (24) de septiembre de (2009). Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00060-01(16370).

Resulta entonces que, tanto en los contratos de concesión en los que todos los recursos financieros asociados al proyecto o parte de ellos se administran mediante un patrimonio autónomo, como en aquellos en los que tales sumas de dinero se administran mediante un encargo fiduciario, se generan ingresos brutos para el respectivo concesionario, los cuales forman parte de la base gravable del tributo que se analiza. La diferencia radica en la cuantía y en el momento en que se entienden causados dichos ingresos para el concesionario, pues en el caso de los contratos de fiducia mercantil, tales ingresos los recibe el contratista de manera paulatina, en la medida en que el derecho a percibirlos del fideicomiso se va volviendo exigible, mientras que en el caso de los encargos fiduciarios tales ingresos los recibe en el mismo instante en que se hace exigible la obligación a cargo de la entidad contratante de entregar al contratista, por intermedio de la fiduciaria, sumas de dinero con destino al proyecto de que se trate, lo cual puede ocurrir varias veces o en una sola oportunidad, usualmente al iniciarse la ejecución de los trabajos, así como cuando la fiduciaria recibe de terceros recursos originados en el mismo proyecto (peajes, etc.)

Se reitera que lo manifestado en este punto está condicionado a que los recursos percibidos constituyan técnicamente un ingreso para el concesionario, de acuerdo con las normas y los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, y con aquellos que rijan en el futuro para esta clase de empresas.

### 3. Las empresas de transporte público con vehículos afiliados

De acuerdo con lo dispuesto en las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, el transporte es un servicio público esencial que se encuentra sometido a la especial y continua intervención del Estado, a fin de procurar como objetivo primordial la seguridad y protección de los usuarios.

En relación con las personas facultadas para prestar este servicio, los artículos 983 y 984 del Código de Comercio, subrogados por los artículos 3º y 4º del Decreto Extraordinario 01 de 1990, disponen en lo pertinente:

> *"Artículo 983. Las empresas de transporte son de servicio público o de servicio particular. El Gobierno fijará las características de las empresas de servicio público y reglamentará las condiciones de su creación y funcionamiento. Las empresas de servicio público someterán sus reglamentos a la aprobación oficial y, si no prestan el servicio en vehículos de su propiedad, celebrarán con los dueños de éstos el respectivo contrato de vinculación, conforme a las normas reglamentarias del transporte.*
>
> *"(…)"*
>
> *"Artículo 984. Salvo lo dispuesto en normas especiales, el transporte deberá ser contratado con transportadores autorizados, quienes podrán encargar la conducción, en todo o en parte a terceros, pero bajo su responsabilidad, y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato.*

*"La infracción a lo dispuesto en este artículo dará lugar a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes".*

En armonía con los preceptos citados, los artículos 9, 10, 11, 13, 16 y 18 de la Ley 336 prescriben lo que sigue, en sus partes pertinentes:

*"Artículo 9º El servicio público de transporte dentro del país tiene un alcance nacional y se prestará por empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas de acuerdo con las disposiciones colombianas y debidamente habilitadas por la autoridad de transporte competente. (…)*

*"Artículo 10. Para los efectos de la presente ley se entiende por operador o empresa de transporte la persona natural o jurídica constituida como unidad de explotación económica permanente con los equipos, instalaciones y órganos de administración adecuados para efectuar el traslado de un lugar a otro de personas o cosas, o de unas y otras conjuntamente. (…)*

*"Artículo 11. Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar.*

*"La habilitación, para efectos de esta ley, es la autorización expedida por la autoridad competente en cada modo de transporte para la prestación del servicio público de transporte.*

*"El Gobierno nacional fijará las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en materia de organización y capacidad económica y técnica, igualmente, señalará los requisitos que deberán acreditar los operadores, tales como… propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del servicio. (…)*

*"(…)*

*"Artículo 13. La habilitación es intransferible a cualquier título. En consecuencia, los beneficiarios de la misma no podrán celebrar o ejecutar acto alguno que, de cualquier manera, implique que la actividad transportadora se desarrolle por persona diferente a la que inicialmente le fue concedida, salvo los derechos sucesorales.*

*"(…)*

*"Artículo 16. De conformidad con lo establecido por el artículo 3º, numeral 7º de la Ley 105 de 1993, sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional, la prestación del servicio público de transporte estará sujeta a la habilitación y a la expedición de un permiso o a la celebración de un contrato de concesión u operación, según que se trate de rutas, horarios o frecuencias de despacho…*

*"(…)*

*"Artículo 18. El permiso para prestar el servicio público de transporte es revocable e intransferible, y obliga a su beneficiario a cumplir lo autorizado bajo las condiciones en él establecidas".*

De las normas transcritas, así como de otras disposiciones del mismo estatuto y de la Ley 105, se desprende con absoluta claridad que las únicas personas naturales o jurídicas que pueden prestar el servicio público de transporte en cualquiera de sus modos son aquellas que tengan la calidad de "empresas" u "operadores de transporte", las cuales deben cumplir con los requisitos y condiciones financieros, técnicos, administrativos y operativos que señale el Gobierno nacional con fundamento en tales normas, además de obtener la habilitación o autorización necesaria de la autoridad competente y, según el caso, conseguir los permisos o suscribir los contratos de concesión u operación que se requieran.

Por lo tanto, en el caso de las empresas transportadoras cuya flota de vehículos esté conformada total o parcialmente por equipos de propiedad de terceros, vinculados o afiliados a dichas empresas, en ningún caso se puede considerar que esos terceros, dueños o poseedores de los vehículos, prestan el servicio público de transporte en forma directa o indirecta, pues, como ya se indicó, dicho servicio solamente puede ser prestado por la respectiva "empresa" u "operador de transporte" debidamente habilitado.

La vinculación o afiliación de vehículos ajenos es simplemente un mecanismo que la ley permite expresamente utilizar a las empresas de transporte para conformar o completar sus equipos, como lo disponen los artículos 11 y 22 de la Ley 336, entre otros, pero de ninguna forma afecta la calidad de "empresa de transporte" de quien tenga la habilitación para el efecto, ni su responsabilidad jurídica frente al Estado, frente a los usuarios del servicio y frente a terceros. El artículo 22 citado es muy preciso en este sentido al preceptuar:

*"Artículo 22. Toda empresa operadora del servicio público de transporte contará con la capacidad transportadora autorizada para atender la prestación de los servicios otorgados. De conformidad con cada modo de transporte, el reglamento determinará la forma de vinculación de los equipos a las empresas, señalando el porcentaje de su propiedad y las formas alternas de cumplir y acreditar el mismo".* (Se subraya).

Son igualmente dicientes en este punto los artículos 984 del Código de Comercio, citado atrás, y 36 de la Ley 336 de 1996, cuando ordena este último que "*los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable con el propietario del equipo".* (Se resalta).

Todo lo anterior permite colegir que las sumas de dinero que reciban las empresas de transporte público de los usuarios como contraprestación o remuneración por los servicios que ofrecen, cualquiera que sea el nombre que tengan (pasajes, fletes, primas, precio etc.), constituyen para dichas empresas un ingreso en su totalidad.

No puede considerarse, por lo tanto, que en el caso de las empresas de transporte que operan con vehículos afiliados se presente un contrato de mandato entre la empresa y los propietarios de los equipos, u otra suerte de intermediación, de forma tal que pudiera sostenerse, por ejemplo, que dichas empresas son meros agentes, mandatarios o intermediarios entre los usuarios y los verdaderos prestadores del servicio, que en tal hipótesis serían los propietarios de los vehículos. Si tal interpretación fuese acertada, a la luz de las normas vigentes, podría sostenerse que las sumas que los operadores de transporte reciban de los usuarios o de terceros y que deban destinar (parcialmente) a los propietarios de los vehículos, no constituirían para esas empresas ingresos propios, sino ingresos para terceros, que los operadores de transporte se limitarían a recaudar y trasladar, como parte de su gestión de intermediación. Pero tal conclusión no es viable frente al marco legal que regula el servicio público de transporte, ni frente a las normas y principios contables que resultan aplicables.

Así lo ha entendido tanto la doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) como la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado. La DIAN, en el concepto Nº 027841 del 24 de marzo de 1999 (oficio Nº 93-00-029), luego de citar las mismas normas que la Sala ha transcrito, y de enunciar las mismas consecuencias que de estas se derivan, manifestó lo siguiente sobre el tratamiento que debe darse al transporte de carga con vehículos afiliados, en cuanto al impuesto a la renta y complementarios:

> *"(…) Atendiendo la relación jurídica contractual entre usuarios y empresas transportadoras, constituye el supuesto de hecho, la percepción de ingresos derivados de la suscripción y ejecución de los contratos de prestación del servicio de transporte de carga, por quien jurídicamente actúa en calidad de empresa transportadora contratista, así para su cumplimiento requieran y en consecuencia acudan a terceros.*
>
> *"Si, de acuerdo con la Ley, tal como se anotó, quienes están habilitadas para la suscripción de los contratos de prestación del servicio son las empresas de transporte* ***sin que exista posibilidad de tenerse como intermediación respecto de terceras personas propietarias de los vehículos que no tengan el carácter de empresas de transporte****, los ingresos que por su suscripción y prestación deriven, no hay duda, son en su integridad de las empresas de transporte independientemente de que para su prestación se haya incurrido en erogaciones por los pagos a terceros propietarios de vehículos afiliados o arrendados. Pretender que para las empresas de transporte únicamente constituye ingreso la diferencia entre lo percibido por su prestación y el costo por concepto del pago a los propietarios de los vehículos afiliados cuando con éstos se haya realizado el servicio, implicaría un tratamiento fiscal diferente al previsto en la ley…"* (Subrayas añadidas; las negrillas son del original).

Más adelante concluye la DIAN en el mismo concepto:

> *"En conclusión, por la taxativa prohibición legal de la posibilidad de transferencia de la habilitación para el ejercicio de la actividad de la que se ha hecho mérito, así como por la condición calificada exigida (empresas transportadoras) para la suscripción de los contratos de transporte, en éstos y respecto de la retribución que de aquellos derive no*

*existe relación económica entre los usuarios en la prestación del servicio de las empresas de transporte, y las* ***terceras*** *personas propietarias de los vehículos que no tienen el carácter de empresas de transporte, por lo que no puede decirse, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, que existan ingresos que, percibidos por las empresas de transporte por contratos relativos a la prestación del servicio, sean para los terceros en mención". (Negrillas del original; subrayas adicionadas por la Sala).*

En este documento la DIAN reiteró el criterio que había expuesto sobre el mismo punto en el concepto Nº 67463 del 28 de agosto de 1998, citado en la consulta.

Aun cuando el primer concepto citado se refiere al impuesto sobre la renta y complementarios, las consideraciones y conclusiones formuladas en el mismo por la Autoridad Tributaria pueden aplicarse, *mutatis mutandis,* a la "tasa de vigilancia" con destino a la Superintendencia de Puertos y Transporte, toda vez que la base gravable de este tributo son los ingresos brutos (en este caso, de las empresas transportadoras en relación con la actividad del transporte), mientras que la base gravable del impuesto señalado es la "renta líquida gravable" definida en el artículo 26 del Estatuto Tributario, que se depura a partir de los ingresos brutos del contribuyente, en la forma que dicho artículo dispone[102].

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la figura contable de los "ingresos para terceros", que evidentemente no son ingresos propios del contribuyente, sólo puede darse en aquellas relaciones jurídicas que implican intermediación, tales como el mandato, la agencia comercial, la comisión, la preposición, entre otras. Así, por ejemplo, esta Corporación afirmó lo siguiente en sentencia del 2 de mayo de 2013[103], en la cual se discutía sobre la base gravable del impuesto de industria y comercio para las empresas de servicios temporales:

*"(…) los ingresos para las entidades que realizan intermediación comercial son, de acuerdo con el parágrafo 2º del precitado artículo 33 de la Ley 14 de 1983:*

> **"… Parágrafo 2º.-** *Las Agencias de Publicidad, Administradoras y Corredoras de Bienes Inmuebles y Corredores de Seguros, pagarán el Impuesto de que trata este artículo sobre el promedio mensual de ingresos brutos entendiendo como tales* **el valor de los honorarios, comisiones y demás ingresos propios percibido** *(sic)* **para sí***". (Negrillas fuera del texto)*

*"Es decir, los ingresos gravables para las empresas de intermediación comercial son los que reciben* ***para sí****, claridad necesaria, puesto que, en su calidad de intermediarios, reciben también ingresos para terceros.*

102 *"Artículo 26. Los ingresos son base de la renta líquida. La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida…"* (Subrayas ajenas al texto original).

103 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Rad. Nº 25000-23-27-000-2009-00232-01(18830).

*"Al respecto se sostuvo en providencia del 7 de junio de 2012[104]:*

> 'Sobre el particular, la Sala reitera que el impuesto de industria y comercio grava los ingresos propios del contribuyente… Ello es así, porque los ingresos recibidos para terceros deben ser gravados en cabeza de su beneficiario, en el evento de constituir un ingreso proveniente del ejercicio de una actividad generadora del impuesto…
>
> '(…)
>
> 'Así pues, para los sujetos en mención, que ejercen la actividad de intermediación comercial, la base gravable es el valor de los honorarios, comisiones y los **demás ingresos que reciban para sí**, los cuales constituyen **sus ingresos brutos**, pues, en su calidad de intermediarios pueden recibir ingresos que son para terceros, y, por ende, no deben formar parte de la base gravable del impuesto a su cargo…
>
> 'Ahora bien, la base gravable que se aplica a los intermediarios que menciona el parágrafo 2 del artículo 33 de la Ley 14 de 1983 rige también para todas las formas de intermediación comercial y para las análogas o similares a éstas …'" (Subrayas añadidas; negrillas del texto original).

De lo expuesto se concluye que los ingresos que reciben las empresas de transporte como contraprestación, remuneración o precio por la prestación del servicio público de transporte en todas sus modalidades, constituyen en su totalidad (100%) un ingreso bruto para tales empresas, independientemente de que utilicen en su operación vehículos afiliados o no, dado que, al ser aquellas las responsables legalmente por el servicio ofrecido y no ejercer una actividad de intermediación, no puede considerarse que las sumas de dinero que deban reconocer a los propietarios de dichos equipos en virtud de los contratos de afiliación que celebren, constituyan "ingresos para terceros". Tales obligaciones corresponden realmente a un costo[105] de las citadas empresas, que si bien puede tener efectos en materia del impuesto sobre la renta y en otros tributos, no tiene consecuencia alguna en la liquidación de la "tasa de vigilancia" a la cual se contrae este documento.

Con fundamento en las consideraciones anteriores

**III. La Sala responde:**

1. *Dado que el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley 1ª de 1991 y el artículo 89 de la Ley 1450 de 2011 establecen que la tarifa por concepto de tasa de vigilancia debe liquidarse teniendo en cuenta los ingresos brutos de los vigilados ¿Qué debe entenderse por ingresos brutos?*

104 *"[8] Sección Cuarta, exp. 17682, C.P. Martha Teresa Briceño".*

105 El artículo 39 del Decreto 2649 de 1993 define los costos como *"erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos".*

2. *¿Debe liquidarse la tarifa por concepto de tasa de vigilancia sobre los ingresos brutos provenientes de la actividad vigilada y no los que provengan de otras actividades que puede realizar la empresa por su objeto social pero que no están sujetas a vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, o por el contrario, la liquidación de la tarifa por concepto de tasa de vigilancia debe hacerse sobre la totalidad absoluta de los ingresos percibidos por el sujeto vigilado?*

Por "ingresos brutos" debe entenderse la totalidad de los ingresos que obtiene una determinada persona natural o jurídica en un período dado, tal como aparecen definidos en el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, vale decir, los "*flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio",* antes de restar o detraer cualquier suma de dinero.

Sin embargo, por las razones explicadas en este concepto, para efectos de la "tasa de vigilancia" que recauda la Superintendencia de Puertos y Transporte, consagrada en los artículos 27, numeral 2º de la Ley 1 de 1991 y 89 de la Ley 1450 de 2011, la base gravable está conformada únicamente por los "ingresos brutos" percibidos por los sujetos vigilados como resultado de las actividades sometidas a la inspección y vigilancia de la citada Superintendencia y no de otras actividades extrañas a esa función, como podrían ser la realización de inversiones inmobiliarias, la fabricación y comercialización de bienes o la prestación de servicios en materias ajenas al transporte, el tránsito o la infraestructura de transporte (incluyendo la portuaria).

3. *¿Podría la Superintendencia de Puertos y Transporte al momento de definir y aplicar el procedimiento para la liquidación tener en cuenta únicamente los ingresos brutos operacionales, es decir, aquellos que se derivan de la actividad vigilada? En caso afirmativo ¿Le correspondería al vigilado presentar la liquidación solo teniendo en cuenta los ingresos brutos operacionales?*

(i) Conforme al principio de legalidad de los tributos, ni la Superintendencia de Puertos y Transporte ni cualquier otra autoridad administrativa pueden establecer la base gravable de la "tasa de vigilancia" a la cual se refiere este concepto, para todos ni para algunos de los sujetos vigilados, pues tal elemento del tributo solo puede ser determinado por el legislador.

(ii) De acuerdo con lo señalado en la primera respuesta, la base gravable de la "tasa de vigilancia" está compuesta por los ingresos brutos obtenidos por el sujeto pasivo, como resultado de las actividades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, independientemente de que los mismos se clasifiquen como "operacionales" o "no operacionales". Por lo tanto, los sujetos vigilados están obligados a declarar la totalidad de los ingresos brutos obtenidos con las referidas actividades, sean estos "operacionales" o "no operacionales".

4. *¿Las empresas que prestan el servicio público de transporte con los equipos que no son propios pero que se encuentran afiliados a la misma, deben incluir dentro de sus*

*ingresos brutos para efectos de pagar la tasa de vigilancia, los ingresos que reciben por los equipos que no son propios?*

Sí, conforme a la ley y según lo explicado en este concepto, las empresas de transporte que operan total o parcialmente con vehículos afiliados de propiedad de terceros, deben incluir dentro de sus "ingresos brutos" la totalidad de las sumas que reciban como contraprestación, remuneración o precio por la prestación del servicio público de transporte, incluidos los ingresos que reciben por los equipos que no son propios.

5. *En el caso de las concesiones viales cuando los recursos propios del proyecto deben ser manejados a través de un Patrimonio Autónomo o Encargo Fiduciario ¿La Tasa de Vigilancia debe ser liquidado con base en dichos ingresos a pesar de no estar en la contabilidad del propio concesionario sino del respectivo Patrimonio Autónomo o Encargo Fiduciario?*

   A la luz de las consideraciones expresadas en este concepto, es necesario distinguir: (i) Si el manejo de los recursos financieros de las concesiones se hace por medio de un patrimonio autónomo constituido en virtud de un contrato de fiducia mercantil, la "tasa de vigilancia" no grava las sumas de dinero que reciba el patrimonio autónomo de la entidad pública contratante o de terceros, pues tales recursos pertenecen a dicho patrimonio y no al concesionario, pero sí grava los ingresos brutos que el concesionario obtenga del patrimonio autónomo y en la medida en que lo haga, conforme a lo que se haya estipulado en el contrato de fiducia mercantil y en el respectivo contrato de concesión. (ii) Si el manejo de los citados recursos se efectúa mediante un contrato de encargo fiduciario, los ingresos brutos se gravan en cabeza del concesionario en forma ordinaria, es decir, cada vez que la respectiva sociedad fiduciaria, como administradora del encargo fiduciario, tenga derecho a recibir sumas de dinero de la entidad contratante o de terceros, que contablemente deban ser calificados como ingresos brutos del contratista-concesionario.

6. *En el caso de las empresas aéreas y aquellos vigilados respecto de los cuales la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerce una vigilancia compartida con otra entidad o Superintendencia ¿Es viable cobrar la tarifa por concepto de tasa de vigilancia proporcional al gasto de funcionamiento y/o inversión que la Superintendencia de Puertos y Transporte le destina a esas empresas de transporte aéreo o vigilados?*

   Como se indicó en la respuesta a la pregunta Nº 3, ni la Superintendencia de Puertos y Transporte ni cualquier otra autoridad administrativa pueden modificar la base gravable de la "tasa de vigilancia" que se encuentra determinada en la ley para todas las personas vigiladas por dicha entidad, y tampoco pueden variar la forma de reparto de los gastos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia, prevista igualmente en la ley. Para tal efecto sería necesaria una reforma legal. En consecuencia, en el caso de las empresas de transporte aéreo y de aquellos otros vigilados respecto de los cuales la Superintendencia de Puertos y Transpor-

te ejerce una vigilancia compartida con otra autoridad, esa Superintendencia no puede cobrar la "tasa de vigilancia" en forma proporcional a los gastos de funcionamiento y/o inversión en los cuales incurra para vigilar a tales sujetos.

7. *En caso afirmativo ¿Podría el Ministerio de Transporte o la Superintendencia de Puertos y Transporte establecer los ingresos susceptibles de aplicación de la tarifa por tasa de vigilancia integral, o establecer los ingresos que corresponden a los aspectos objetivos o los subjetivos para que los vigilados presenten la liquidación?*

Dado que la respuesta a la pregunta anterior es negativa, la Sala se entiende relevada de contestar esta inquietud. En todo caso, se insiste en que la base gravable del tributo que nos ocupa sólo puede ser establecida por el Congreso de la República, y que actualmente está prevista de la misma forma para todos los sujetos vigilados.

Remítase a la Ministra de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. William Zambrano Cetina, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

**2. Aplicación de la Ley 1697 de 2013. Estampilla Pro Universidad Nacional y universidades estatales.**

**Radicado 2229**

Fecha: 27/11/2017
Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas
Levantamiento de la reserva mediante auto del 13 de junio de 2018

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita aclaración y adición del concepto emitido por esta Sala, radicado con el No. 2229 sobre la aplicación de la "estampilla pro universidad nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" contenida en la Ley 1697 de 2013.

## I. ANTECEDENTES

En el escrito el señor Ministro refiere los siguientes:

1. Transcribe el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 y comenta que la misma comprende dos grupos de entidades y dependencias del Estado, las primeras en función del nivel territorial y descentralizado por servicios, tanto del orden nacional como territorial, y las segundas, las pertenecientes a otras ramas y órganos del poder público y dependencias de la Rama Ejecutiva, mencionando en general a organismos o dependencias del Estado.

2. Que la Ley 1697 de 2013 no propuso una interpretación con autoridad del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 sino que solamente hizo un ejercicio de remisión con el fin de que el operador tributario pueda determinar cuáles son los contratos de obra y conexos comprendidos en el hecho gravable de la estampilla y las entidades que deben actuar como agentes de retención de la misma.

3. Sostiene que el ejercicio interpretativo que debe realizarse del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, requiere que se verifique si ha sido modificado por leyes posteriores y armonizarse con los principios constitucionales superiores. Destaca que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que modificó la Ley 80 de 1993, reconoce la existencia de entidades especiales que por disposición legal cuenta con un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación, por lo que puede deducirse que reconoce la existencia de entidades que resultan excluidas de la definición contenida en el artículo 2º de la referida Ley.

4. Seguidamente procede a explicar el régimen jurídico del Banco de la República, citando los artículos 371 de la Constitución Política y 3 de la Ley 31 de 1992, para concluir que se trata de un órgano de rango constitucional para el cumplimiento de las funciones de banca central del Estado Colombiano, lo que significa que es un órgano de naturaleza única.

5. Que de acuerdo con la relación de entidades definidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, puede llegarse a dos conclusiones respecto del Banco de la República i) nunca estuvo incluido en la relación de entidades allí efectuada, entendiendo dicho artículo en concordancia con el mandato constitucional que la entidad contará con un régimen legal propio, y ii) por la generalidad de la redacción resultó incluido dentro de la mención de los demás organismos o dependencias del Estado a los que la ley les otorga facultades para celebrar contratos. Que de ser viable esta interpretación, posteriormente fue excluido por normas especiales que desarrollaron su régimen legal propio, produciéndose una derogatoria específica de la definición de entidades estatales para fines del Estatuto General de contratación, en cuanto se refieran al Banco. Finaliza mencionando que es claro que en el texto vigente o actual del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 no se encuentra comprendido el Banco Central.

6. Reseña que como el Banco cuenta con un régimen contractual especial, no puede estar incluido dentro de la categoría de entidades previstas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, pues fue expresamente excluido en virtud a su régimen especial.

7. Que en el concepto 2229 del 7 de diciembre de 2015, emitido por esta Sala se interpreta de manera amplia y extensiva la sujeción del Banco de la República al artículo 2º de la Ley 80 de 1993, como una de las entidades estatales contratantes allí mencionadas, sin hacer un análisis del texto actual de dicha norma.

8. Que con base en la interpretación extensiva y aislada efectuada se deduce la sujeción de los contratos de obra y conexos que celebra el Banco Central al hecho generador de la estampilla contemplado en el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013. Esto a juicio del Ministro, afecta el principio de seguridad jurídica y de legalidad, toda vez que deja de lado el verdadero alcance de las normas constitucionales y legales que lo regulan, y con base en los cuales esa entidad desde el principio tuvo clara la no aplicabilidad de la estampilla a su contratación por lo que consideró su deber de abstenerse de efectuar la retención por tratarse de un acto fuera de sus atribuciones y alcance.

9. Argumenta, entonces, que se dan los presupuestos jurídicos para considerar la pertinencia de aclarar y adicionar el concepto de la referencia, teniendo en cuanta una evaluación integral, sistemática y más precisa de las normas constitucionales y legales que regulan el Banco de la República.

10. Menciona que la Sala no se pronunció específicamente respecto de la entidad competente para la fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la estampilla, por tratarse de un asunto que no fue objeto de la consulta elevada por el Ministerio de Educación Nacional.

11. Solicita se adicione el mencionado concepto con la consulta que se efectúa sobre el alcance de las competencias en esa materia, teniendo en cuenta que el artículo

7º de la Ley 1697 de 2013, indicó como acreedor de la obligación tributaria a la DIAN, al igual que el artículo 10 creó el fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia como una cuenta especial sin personería jurídica y con destinación específica, el cual sería dirigido y administrado por el Ministerio de Educación Nacional, fijándose las funciones en el artículo 11 de la referida Ley.

12. Señala que las funciones asignadas al Ministerio de Educación Nacional están referidas solamente a recaudar o percibir los recursos provenientes de la estampilla y a la dirección y administración del Fondo, motivo que ha llevado al Banco de la República a solicitar que se revisen las competencias del Ministerio de Educación Nacional para adelantar las actuaciones administrativas propias de la Administración Tributaria como fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución sanción y todos los demás relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

13. Que si bien el Decreto 1050 de 2014 incorporado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación 1075 de 2015, otorga la facultad de cobro coactivo a la DIAN para recaudar los valores de los recursos de la estampilla, el Banco de la República ha argumentado que ello no excluye que las demás actuaciones que corresponden al sujeto activo o acreedor de la obligación, deban ser ejercidas igualmente por esta entidad.

14. Que el Banco de la República ha argumentado que, en principio, las facultades para administrar el tributo y en general cualquier otra actuación propia de la naturaleza de los impuestos, no podrán deducirse a cargo del Ministerio de Educación Nacional como lo ha venido entendiendo esta entidad y la DIAN.

15. Con fundamento en lo expuesto, estima de gran importancia la aclaración y adición del concepto de la referencia, con el fin de que se precise la aplicación de la Ley 1697 de 2013 a la contratación del Banco de la República, así como la entidad competente para actuar como sujeto activo de la contribución y ejercer las competencias administrativas propias de la administración tributaria.

Por lo anterior, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Los contratos que suscriba el Banco de la República en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales para su funcionamiento están comprendidos dentro de los presupuestos del hecho generador de la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia de que trata la Ley 1697 del 20 de diciembre de 2013, teniendo en cuenta que por su régimen legal propio se encuentra excluido de la aplicación de la Ley 80 de 1993, y por ende del artículo 2º de la misma?*

2. *¿Cuál es la entidad que ostenta las competencias administrativas tributarias para la fiscalización,* determinación, discusión, cobro, devolución, sanción *y todos los demás relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la con-*

*tribución Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia?*

## II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) el hecho generador de la estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia e interpretación y aplicación del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 ii) naturaleza jurídica del Banco de la República y iii) función de fiscalización y sujeto activo del tributo

### I) EL HECHO GENERADOR E INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL Artículo 2º DE LA LEY 80 DE 1993

Tal como ya se ha mencionado en otros conceptos proferidos por esta Sala[106], el legislador al expedir la Ley 1697 de 2013, se encargó de precisar los elementos de la tasa parafiscal de la "estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", entre ellos, el hecho generador, el cual se estableció en los siguientes términos:

> ***"Artículo 5°. Hecho generador.*** *Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2.*
>
> ***Parágrafo.*** *Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación".*

De otra parte, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015, mediante el cual se compilan las normas del sector educación, dispone:

> ***"Artículo 2.5.4.1.2.1. Del hecho generador.*** *De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados por la contribución parafiscal Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, son aquellos que cumplen con las siguientes dos (2) condiciones:*
>
> *1. Ser de aquellos denominados de Obra y sus adiciones en dinero, o tratarse de sus contratos conexos.*

106 Conceptos Nos 2229 de 7 de diciembre de 2015 y 2271 de 10 de mayo de 2016

*El contrato de obra es aquel celebrado para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*

*Contratos conexos serán aquellos que tengan como objeto el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría.*

*2. Ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual".*

Frente a los elementos constitutivos del hecho generador, esta Sala ya abordó el estudio de dichos presupuestos, destacando que uno de ellos es el elemento subjetivo que alude a las entidades que celebran los contratos gravados, frente a lo cual se precisó[107]:

*"Es de notar que la ley cualifica la parte contratante en esta clase de negocios, al señalar que debe ser una entidad del orden nacional, de aquellas definidas en el artículo 2º de la Ley 80, pero no hace lo mismo con la parte contratista.*

*Ahora bien, el artículo 2°, numeral 1° de la Ley 80 de 1993 dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:*

> *"Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:*
>
> *1o. Se denominan entidades estatales:*
>
> *a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*
>
> *b) el Senado de la República… los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*
>
> *(…)" (Resaltamos).*

*Como se observa, la definición de "entidades estatales" que hace la norma citada incluye entidades públicas de todos los órdenes o niveles territoriales. Sin embargo, la*

107 Concepto No. 2271 de 10 de mayo de 2016.

*Ley 1697 solamente menciona a aquellas que sean "del orden nacional" y actúen como contratantes, para efectos de establecer los contratos cuya celebración genera la contribución parafiscal que nos ocupa.*

*Al mismo tiempo, obsérvese que la norma citada incluye algunas entidades de forma directa y específica, entre las cuales menciona a los departamentos administrativos, y designa a otras instituciones en forma genérica o mediante una remisión abierta a otras disposiciones constitucionales y legales. Este último es el caso de "las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles" y de "los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".*

*Finalmente, vale la pena recordar que, tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado[108] y la doctrina de esta Sala[109], la calificación de una entidad como "estatal" es independiente del régimen jurídico que aplique en sus contratos, es decir, un régimen exclusivamente de derecho público, un régimen de derecho privado o, como sucede en la mayoría de los casos, un régimen mixto, conformado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones del derecho privado que resulten aplicables y a las cuales remite aquel (Código Civil, Código de Comercio y leyes especiales).*

*Así lo entiende también, en forma acertada, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015, cuando señala, en su numeral 2º, que una de las condiciones que deben tener estos contratos para generar el pago de la "estampilla", es el hecho de "ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual" (subrayas ajenas al texto original)".*

Y la Sala arribó a la siguiente conclusión:

> *"… (i) El tributo se causa por la celebración o suscripción de contratos de obra, "contratos conexos" (como los define el artículo 5º de la Ley 1697) y sus adiciones que impliquen un aumento en el valor del contrato original, en los que actúe como parte contratante cualquiera de las entidades estatales definidas en el artículo 2º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, siempre que se trate de una entidad del orden nacional". (Subrayas originales de texto)*

Aunado a lo anterior y dada la redacción del artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados son aquellos que suscriban las entidades del orden nacional, advirtiéndose que seguidamente el legislador hace remisión a la descripción que sobre entidades estatales contiene el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, lo que significa que para determinar

108 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias de la Sala Plena del 23 de septiembre de 1997 (expediente S-701) y el 19 de enero de 2010 (radicación 2009-00708), y sentencia de la Sección Tercera del 30 de enero de 2008 (radicación 2005-00512-01 [32867]), entre otras.

109 Por ejemplo, en los conceptos Nos. 2062 del 21 de septiembre de 2011 y 2229 del 7 de diciembre de 2015.

que ha de entenderse por entidad del orden nacional se debe acudir a la descripción que de ellas se hace en la Ley 80 de 1993.

En efecto, si bien el artículo 2º del Estatuto Contractual se refiere a las entidades estatales que tienen capacidad para contratar, hay que aclarar que tal calificación no es la relevante para determinar la naturaleza jurídica de una entidad pública y menos aún que el régimen contractual que se aplique resulte preponderante para fijar dicha categoría con el propósito de establecer la contribución parafiscal prevista en la Ley 1697 de 2013, toda vez que para precisar el hecho gravable es necesario identificar si la entidad contratante es del orden nacional de las descritas en la norma en comento.

En ese orden de ideas, una interpretación sistemática del artículo 5 de la Ley 1697 de 2013 y 2º de la Ley 80 de 1993, permite aseverar que se consideran entidades del orden nacional no solo las que hacen parte de las ramas del poder público y sus entidades descentralizadas, sino también aquellas entidades u organismos del Estado que se les haya otorgado capacidad para celebrar contratos, independientemente del régimen de contratación que apliquen, pues ello no define su naturaleza, lo que implica que se deben incluir los entes autónomos e independientes o las entidades estatales que tenga un régimen especial, a los que alude el artículo 113 de la Constitución.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL BANCO DE LA REPÚBLICA

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se elevó a rango constitucional como órgano del Estado el Banco de la República y en los siguientes términos quedó definido en el artículo 371:

> ***"Artículo 371.*** *El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.*
>
> *Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.*
>
> *El Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten".*

De otra parte, correspondía al Congreso expedir la ley mediante la cual regulara las funciones del Banco emisor y para ello se expidió la Ley 31 de 1992, a través de la cual se estableció:

> ***"Artículo 1º. Naturaleza y objeto.*** *El Banco de la República es una persona jurídica de derecho público, continuará funcionando como organismo estatal de rango constitucional, con régimen legal propio, de naturaleza propia y especial, con autonomía*

*administrativa, patrimonial y técnica. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Constitución Política y en la presente ley".*

***"Artículo 3º. Régimen jurídico.*** *El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.*

*El Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, esta Ley y sus Estatutos".*

De acuerdo con las anteriores disposiciones constitucionales y legales, el Banco de la República fue concebido como una persona jurídica de derecho público económico, con autonomía patrimonial, técnica y administrativa, sujeto a un régimen especial, asignándosele como función principal la de banca central.

En virtud de la autonomía administrativa y técnica que le fue atribuida al Banco de la República y a su naturaleza única, ello no permite ubicarlo en ninguna de las ramas del poder público, como tampoco hace parte del órgano de fiscalización o de la organización electoral como lo ha señalado la Corte Constitucional; empero, a pesar del régimen especial propio del Banco de la República, ello no significa que pueda ubicarse como una entidad aislada del Estado sino que hace parte del mismo.

Al respecto la Corte Constitucional[110] destacó lo siguiente:

*"Así las cosas, la sujeción del Banco de la República a un "régimen legal propio" como lo establece el artículo 371 de la Carta, dadas las notas de autonomía administrativa, patrimonial y técnica que la misma le reconoce, las cuales lo dotan de un incomparable grado de libertad en la toma de decisiones y en el cumplimiento de las responsabilidades que la Carta le confía, exonerándolo de injerencias o interferencias de otras instancias o centros de poder, no se desvirtúa por el hecho de que, como estructura que, en todo caso, integra el Estado Colombiano, deba actuar en coordinación con otros órganos o instituciones, pues unos y otros cumplen funciones estatales. No se olvide que, por decisión del propio Constituyente, Colombia continúa siendo una República Unitaria, factor este que indudablemente matiza la autonomía de sus órganos y entidades. Una interpretación diferente comportaría, sin lugar a dudas, ostensible quebranto a la mencionada característica que continúa siendo nota esencial del Estado colombiano (CP. Preámbulo y art. 1o. entre otros).*

110 Corte Constitucional, Sentencia C-050 de 1994.

*En esas condiciones, con prescindencia de su naturaleza pública, de sus funciones, o de su régimen especial, el Banco de la República no se ubica por fuera del Estado. Ni de sus facultades constitucionales ni de su órbita de autonomía se desprende que la Constitución lo exonere de cumplir los requerimientos que, en aras de la armonización y coordinación de sus funciones con la política económica, le planteen los órganos encargados de esas labores para la consecución de los altos fines del Estado siempre y cuando que, desde luego, la actuación de estos últimos, se circunscriba a ese campo y no comporte franca intromisión en la capacidad decisoria o de gestión que constitucionalmente se le asegura al Banco de la República.*

*(…)*

*Reitérase que la autonomía del Banco no puede ser entendida como si el Constituyente lo hubiese exonerado de todo punto de contacto con el Estado y concebido como una isla ubicada por fuera de los ámbitos constitucionales de actuación de sus órganos y autoridades. La Corporación[5] ha sido categórica en rechazar tal interpretación. Así lo advirtió al admitir la viabilidad constitucional de que la Contraloría General ejerza control fiscal respecto del Banco de la República, cuando éste ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga.*

*Conviene recordar los términos consignados en el pronunciamiento que se cita, como quiera que la esencia de la idea subyacente –aunque en esa ocasión referida a otro tema, el control fiscal– es la misma que en este caso interesa reiterar:*

*"La Corte no cree que el Banco de la República, pese a ser un órgano constitucional autónomo e independiente, quede sustraído de los controles político, judicial, administrativo y fiscal, entre otros, que la propia Constitución determina y a los cuales se ha hecho referencia. Sostener esto último quebrantaría toda la construcción del Estado Colombiano como Estado de derecho y república unitaria y democrática. De hecho, las funciones básicas atribuidas al Banco se deben cumplir con estricta sujeción a la Constitución y a la Ley. De otra parte, los controles existentes garantizan que ese novísimo órgano constitucional no quede cubierto con un manto de silencio y de oscuridad y se torne en parcela tecnocrática oculta y aislada del Estado. El control del Presidente, del Congreso, de la Procuraduría, de la Contraloría General de la República y de la Justicia, de suyo desvanecen cualquier pretensión de invisibilidad que pudiera abrigarse respecto de las actuaciones y operaciones de la entidad".*

*Cuando el artículo 113 de la actual Carta reconoce que al lado de los órganos que integran las tradicionales Ramas del Poder Público existen otros, autónomos e independientes, está claramente connotando su pertenencia a la estructura del Estado, en forma congruente con la organización geopolítica que el artículo 1º de la misma dio al Estado Colombiano, pues como ya quedó expresado, pese a que la nueva Carta Política acentuó la autonomía y la descentralización de sus entes, mantuvo su articulación e integración bajo la forma de República Unitaria".*

Es innegable, entonces, que el Banco de la República a pesar de que sea una entidad de naturaleza única y cuente con un régimen jurídico propio contenido en los artículos 371 y 372 de la Constitución, en la ley 31 de 1992 y en sus estatutos –Decreto 2520 de 1993–, hace parte de la estructura del Estado, y por tal razón, debe ser considerado como una entidad pública del orden nacional.

A lo anterior, cabe agregar que la Ley 31 de 1992 le otorgó capacidad al Banco para celebrar contratos y respecto de ellos el artículo 52 dispuso:

> *"**Artículo 52. Régimen contractual.** Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y, en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito.*
>
> *El Banco de la República no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada.*
>
> *Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se regirán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio.*
>
> ***Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista.***
>
> ***Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado.***
>
> *El Banco podrá, en la ejecución de los contratos internacionales que celebre y cuyo objeto principal haga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, someterse al derecho o tribunales extranjeros, señalar su domicilio o designar mandatarios en el exterior". (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

En los Estatutos del Banco contenidos en el Decreto 2520 de 1993, en los artículos 66, 67 y 68 se reguló lo relativo al régimen contractual del Banco de la República en los siguientes términos:

> *"Artículo 66. Régimen contractual con entidades públicas. Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y sólo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista".*
>
> *"Artículo 67. Contratos con terceros. Los contratos que el Banco de la República suscriba con terceros, en nombre y por cuenta propios, y aquellos que acuerde con el fin de desarrollar o cumplir otros contratos celebrados con entidades públicas, se ceñirán al*

*régimen de contratación propio del Banco o, en los casos no previstos por éste, a las normas comunes del derecho privado".*

*"Artículo 68. Régimen contractual. Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito.*

*El Banco no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada.*

*Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se regirán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio.*

*Los demás contratos que celebre el Banco de la República de cualquier índole, diferentes a los previstos en estos Estatutos se someterán al derecho privado.*

*El Banco podrá en la ejecución de los contratos internacionales que celebre y cuyo objeto principal haga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, someterse al derecho o tribunales extranjeros, señalar su domicilio o designar mandatarios en el exterior".*

La circunstancia de que el Banco de la República tenga un régimen legal propio aún en materia contractual, no significa que pierda su naturaleza estatal, de manera que se trata de una entidad del orden nacional, con una naturaleza jurídica especial, ya que las funciones que cumple son connaturales a las que corresponden normalmente al Estado; además es un organismo al que la Ley le otorgó capacidad para contratar, sin importar el régimen que aplique y ello no cambia su naturaleza jurídica.

## III. FUNCIÓN DE FISCALIZACIÓN Y SUJETO ACTIVO DEL TRIBUTO

La doctrina ha precisado que la función de fiscalización tributaria debe ser entendida como aquella facultad que tiene la administración para vigilar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes.

En relación con dicha función se ha precisado por la doctrina[111]: *"Podemos decir que busca el conocimiento de la realidad económica y jurídica que constituye el sustrato de los hechos imponibles. Para el cabal ejercicio de esta función, la administración debe adelantar actividades que en principio implican la comprobación de valores, pero que bien entendidas también comprenden la valoración del proceso de aplicación de las normas efectuado por el contribuyente objeto de la revisión. Bajo esta expresión –aplicación– se engloban todas las actividades que implica el juicio de determinación de consecuencias jurídicas, a*

111 Revista de Derecho Fiscal Número 7, "La función de Fiscalización Tributaria en Colombia", Autor, Julio Roberto Piza Rodríguez, p. 235, Universidad Externado de Colombia

*saber: la calificación de los hechos, la interpretación de las normas seleccionadas como aplicables al caso y la subsunción de los hechos calificados –premisa menor– en la interpretación efectuada de dichas normas –premisa mayor–, para así atribuirle una consecuencia jurídica tributaria a la situación fáctica valorada".*

Desde otra óptica, la jurisprudencia de esta Corporación[112] en relación con la función de fiscalización ha puntualizado:

> *"El numeral 5 de la Orden Administrativa define el proceso de fiscalización como el conjunto de disposiciones y actividades realizadas por la entidad, para prevenir el cumplimiento de las obligaciones fiscales y controlar y verificar que los valores declarados y las obligaciones de los administrados correspondan a su realidad económica y a su capacidad contributiva, de acuerdo con las normas vigentes".*

Puede colegirse que la función de fiscalización pretende comprobar o verificar la veracidad frente al cumplimiento de una obligación tributaria.

De conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Ley 1697 de 2013, se asignó como sujeto activo de la contribución parafiscal o acreedor de la obligación tributaria a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -. La norma es del siguiente tenor:

> ***"Artículo 7º. Sujeto activo.*** *Como acreedor de la obligación tributaria del sujeto pasivo, determinado en el artículo 6º de la presente ley, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) será el sujeto activo en la relación jurídico-tributaria creada por esta ley".*

En cuanto al significado del sujeto activo de la obligación, la Corte Constitucional[113] fijó la conceptualización de este elemento en los siguientes términos:

> *"En efecto, conforme al anterior análisis, y de acuerdo a ciertas distinciones elaboradas por la doctrina tributaria, es posible atribuir tres significados a la noción de sujeto activo de un tributo. Así, de un lado, es posible hablar del sujeto activo de la potestad tributaria, que es la autoridad que tiene la facultad de crear y regular un determinado impuesto. De otro lado, es posible hablar del sujeto activo de la obligación tributaria, que es el acreedor concreto de la suma pecuniaria en que, en general se concreta el tributo, y quien tiene entonces la facultad de exigir esa prestación. Y finalmente, podemos hablar del beneficiario del tributo, que es la entidad que finalmente puede disponer de esos recursos".*

Así pues, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como acreedor de la obligación tributaria contenida en la estampilla *Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales* tiene entonces la facultad de exigir su pago una vez se verifique el hecho generador.

112 Consejo de Estado, sentencia de la Sección Cuarta del 2 de marzo de 2017 (radicación 2012-00143 (21867).
113 Corte Constitucional, Sentencia C-987 de 1999.

De otro lado, el artículo 2.5.4.1.2.6. del Decreto 1075 de 2015, le atribuyó a la DIAN la facultad de cobro coactivo de los recursos originados en la *Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia* en los siguientes términos:

> ***"Artículo 2.5.4.1.2.6. Cobro coactivo.*** *El cobro coactivo de los recursos por Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, se realizará de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 y estará a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), según lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1697 de 2013 sobre el acreedor de la obligación tributaria creada.*
>
> *El producto de los pagos obtenidos a través de cobro coactivo, serán transferidos en los mismos plazos de que trata el artículo 2.5.4.1.2.2. del presente Decreto".*

Analizadas las anteriores disposiciones en su conjunto, permiten concluir que dadas las facultades allí otorgadas a la DIAN, es claro que las labores de fiscalización, discusión y cobro de los recursos provenientes de la "*Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia",* están a cargo de esta entidad, quien es la competente para exigir esta prestación económica.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

## La Sala responde:

1 *¿Los contratos que suscriba el Banco de la República en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales para su funcionamiento están comprendidos dentro de los presupuestos del hecho generador de la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia de que trata la Ley 1697 del 20 de diciembre de 2013, teniendo en cuenta que por su régimen legal propio se encuentra excluido de la aplicación de la Ley 80 de 1993, y por ende del artículo 2º de la misma?*

De acuerdo con las consideraciones expuestas en el concepto, los contratos de obra y los conexos que celebre el Banco de la República si están comprendidos dentro del hecho generador de la "*estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia"* de que trata la Ley 1697 de 2013.

2. *¿Cuál es la entidad que ostenta las competencias administrativas tributarias para la fiscalización,* determinación, discusión, cobro, devolución, sanción *y todos los demás relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la contribución Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia?*

Las competencias administrativas en materia del proceso de fiscalización relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la contribución Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia, están

radicadas en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, no solo por cuanto es el sujeto activo de la contribución, sino también porque se le facultó con la atribución de cobro coactivo respecto de dicha obligación.

Remítase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

**3. Factores que constituyen Ingreso Base de Cotización (IBC) para el cálculo de aporte parafiscal a la ESAP.**

**Radicado 2317**

Fecha: 24/04/2018
Consejero Ponente: *Alberto Montaña Plata (Conjuez)*
Levantamiento de la reserva mediante oficio 20186000138681 del Departamento Administrativo de la Función Pública

Procede la Sala a emitir concepto sobre la consulta de la referencia, en virtud de sus competencias constitucionales y legales, en particular la contenida en el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011. Con este propósito se estructurará el presente concepto así: Se presentarán, en primer lugar, los antecedentes de este (I); se procederá a la delimitación de consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública (II); se indicará y sistematizará su objeto (III) a efectos de resolver las inquietudes planteadas, que se dividirán en, inquietudes relacionadas con los factores que constituyen el ingreso base para el cálculo de los aportes parafiscales a la ESAP (III.1) y la inquietud relacionada con el término de prescripción de los aportes parafiscales a la ESAP (III.2).

## I. Antecedentes del concepto que resuelve la consulta

Mediante oficio con No. de radicación: 20166000232641 de 2 de noviembre de 2016, la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública formuló una consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado cuya referencia es: "Consulta sobre la base de liquidación de los aportes parafiscales previstos en la Ley 21 de 1982, a favor de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)".

En desarrollo de ello, la totalidad de los consejeros de Estado que conforman la Sala se declararon impedidos, argumentando, en síntesis, la incidencia que el correspondiente concepto podría tener en el valor de lo percibido periódicamente por concepto de salario en su condición de funcionarios de la rama judicial del poder público.

Con ocasión de lo anterior, por secretaría, se designó como conjueces a María Teresa Palacio Jaramillo, Enrique Arboleda Perdomo y Alberto Montaña Plata. En Sala de 19 de febrero de 2018, conformada por estos para resolver el impedimento referido, el conjuez Enrique Arboleda Perdomo manifestó también impedimento, por considerar que, las razones argumentadas por los consejeros de Estado, podían extendérsele a él por su condición de ex consejero de Estado y el hecho de encontrarse adelantando trámites para la obtención de su pensión.

En virtud de ello, por secretaría, se designó como cuarto conjuez para resolver el último de los impedimentos aludidos y, si resultaba del caso, para continuar con el trámite correspondiente, a Juan Pablo Cárdenas Mejía.

En sala de 12 de marzo de 2018 los conjueces María Teresa Palacio Jaramillo, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Alberto Montaña Plata aceptaron el impedimento presentado por

el conjuez Enrique Arboleda Perdomo, procedieron a analizar los impedimentos presentados por la totalidad de los Consejeros de Estado que conforman la Sala de Consulta y Servicio Civil y los aceptaron, y se sorteó como ponente al último de ellos.

El presente concepto que da solución a la consulta de la referencia se discutió y aprobó en Sala de 24 de abril de 2018.

## II. Objeto de la consulta

Si bien en la referencia del documento a través del cual se formuló la consulta, así como en el encabezado del mismo, se aludió a que la consulta se formulaba sobre los factores que constituyen el ingreso base de liquidación para el cálculo de los aportes parafiscales a favor de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) contemplados en la Ley 21 de 1982, la simple revisión de las preguntas formuladas, pone en evidencia que, el grueso de estas, guarda relación con ello, pero una de las inquietudes no, ya que hace referencia al término de prescripción de este aporte parafiscal.

Previa a la formulación de las inquietudes aludidas, en el documento que se indica, se presentaron unas "consideraciones". En estas, se hizo alusión y se trascribieron algunas normas jurídicas que, al entender del organismo que formula la consulta, constituyen el marco normativo de las inquietudes formuladas: Artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 17 de la Ley 21 de 1982; parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988; en armonía con el Decreto Ley 1042 de 1978, en particular su artículo 42; relacionados con las inquietudes referidas al ingreso base de liquidación. Y artículos 91 de la Ley 488 de 1998, modificado por el artículo 99 de la Ley 633 de 2000; 817 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014; en relación con la inquietud sobre el término de la prescripción de los aportes parafiscales.

Bajo el mismo rótulo de "consideraciones" se trascribieron algunos apartes de conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, así como de providencias judiciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación. Así mismo, se presentaron algunas interpretaciones jurídicas. En relación con estas últimas, debe aclararse que el presente concepto no constituye su aval y que se limitará a la solución de las inquietudes formuladas en el contexto referido, que textualmente son:

1) ¿Las entidades deben incluir dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales elementos como la prima de servicios?

2) ¿La prima de actividad, la prima por compensación, prima especial de servicios, bonificación por actividad judicial que se reconocen de manera habitual al trabajador deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?

3) ¿Teniendo en cuenta que la prima de vacaciones se genera cuando el servidor público tiene derecho al disfrute de las vacaciones debe incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales, o al tener la connotación de prestación social no hace parte de la misma?

4) ¿Los pagos realizados al trabajador por concepto de viáticos, como consecuencia de una comisión de servicios, deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?

5) ¿Para el cálculo de aportes parafiscales se debe acudir a la naturaleza de los pagos, según la definición del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, cuando señala: "… constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" o por el contrario el proceso de fiscalización, debe limitarse a la enunciación expresa de los componentes señalados como factores de salario, dentro del mismo acápite del artículo enunciado?

6) ¿Cuál es el término de prescripción de los aportes parafiscales?

A la precisión hecha sobre el objeto del presente concepto, debe agregársele, finalmente, que, si bien la enunciación de las preguntas trascritas se hace de manera genérica, la solución de las mismas se circunscribirá a los aportes parafiscales que deben efectuarse a la ESAP en los términos de la Ley 21 de 1982, toda vez que tal delimitación se hace, según lo indicado, en la referencia y encabezado de la consulta.

## III. Solución a las inquietudes planteadas en la consulta

Según lo indicado, resulta, de fácil constatación que, de las inquietudes que constituyen la consulta que debe resolverse, de la 1 a la 5 guardan relación con aspectos relacionados con la base de liquidación del aporte parafiscal a la ESAP, mientras que la 6, hace referencia al término de prescripción del aporte parafiscal.

Esa la división que se utilizará, en este aparte, para la solución de las inquietudes formuladas.

### III.1. Solución a las inquietudes relacionadas con la base base de liquidación del aporte parafiscal a la ESAP

Por las consideraciones metodológicas señaladas, se resolverán en este sub aparte las inquietudes 1 a 5. No se seguirá el mismo orden para ello, ya que la solución a la inquietud 5, será útil, de manera más o menos directa, para la solución de las otras (1 a 4), por ello se comenzará por esta, luego de presentar algunas consideraciones generales que guardan relación con todas.

La consulta formulada se circunscribe, según lo indicado, a uno de los aportes parafiscales que, entre otros, deben efectuar los organismos y entes de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional[114], por concepto de subsidio familiar[115], el correspondiente a la ESAP. De conformidad con lo establecido en la Ley 21 de 1982, el porcentaje

114 Al respecto se cita en la consulta el artículo 7 de la Ley 21 de 1982.

115 Los aportes parafiscales que guardan relación con la formulación de la consulta que da lugar a este concepto se encuentran contemplados en la Ley 21 de 1982 "Por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones", en los términos de lo dispuesto en el artículo 11 de ella, existe un aporte que debe hacerse al subsidio familiar en términos estrictos, así como otros específicos: al SENA, a la ESAP y a Escuelas Industriales e Institutos técnicos nacionales y de otros órdenes.

que deben pagar los empleadores del "monto de sus respectivas nóminas" por concepto de aportes parafiscales para subsidio familiar y otros aportes es del 6% (artículo 9), del que, solo el equivalente al 0.5% corresponde al aporte que debe efectuarse a la ESAP (artículo 11).

Las inquietudes que en este sub acápite se analizan (1 a 5), tienen que ver con la base de liquidación que se debe tener en cuenta para el cálculo del aludido porcentaje. Al respecto debe aclararse, tal y como se indica en el documento de formulación de la consulta, que la misma Ley dispuso una norma donde se estableció ello; se trata del artículo 17 de la Ley 23 de 1982, que por la importancia que tiene para el presente concepto, se trascribe:

> "Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Ad- ministración Pública (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales.
>
> Los pagos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago" (subrayas fuera de texto).

Es evidente entonces que, por expresa contemplación legal, los aportes parafiscales que deben efectuar los empleadores a la ESAP que se analizan, corresponden a un 0.5% del (1) salario mensual de sus trabajadores, y por salario deben entenderse todos los elementos, sin importar su denominación, que hagan parte de este concepto, de conformidad con la Ley laboral; así como la remuneración que se les dé, por descansos, siempre que esta esté contemplada en la Ley, en una convención, o en un contrato(2).

Son entonces los conceptos de salario (que incluya todos sus elementos) y remuneración por descanso, aquellos que deben ser tenidos en cuenta y analizarse, a efectos de resolver las inquietudes planteadas en la consulta.

Vale la pena subrayar que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición normativa trascrita, el concepto de "salario" debe comprenderse conforme con la "ley laboral". Tal situación no es del todo fácil ya que, es bien sabido, que el régimen jurídico de los servidores públicos, está caracterizado, entre otros, por una dispersión normativa; distinción de regímenes, con base en distintos criterios, uno de los cuales es la existencia de un vínculo contractual o de acto administrativo que puede tener el servidor público con su empleador; y, en virtud de lo anterior, posibilidad o no de recurrir a normas laborales ordinarias para cubrir lagunas interpretativas.

**Inquietud 5: ¿Para el cálculo de aportes parafiscales se debe acudir a la naturaleza de los pagos, según la definición del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, cuando señala: "… constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe**

**el empleado como retribución por sus servicios…" o por el contrario el proceso de fiscalización, debe limitarse a la enunciación expresa de los componentes señalados como factores de salario, dentro del mismo acápite del artículo enunciado?**

El Decreto 1042 de 1978 "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones" fue un Decreto expedido en uso de facultades extraordinarias y, por ende, detenta fuerza material de Ley[116].

Por la naturaleza y enfoque de la consulta que da lugar a este concepto, pareciera inferirse que la totalidad de las inquietudes que se revisan en este sub acápite, guardan relación, principalmente, con empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional[117]. En este sentido, por la naturaleza y contenido material del decreto que se analiza, es evidente que sus normas constituyen "ley laboral" para esta categoría y clase de servidores públicos, por lo que una disposición normativa que dentro de él aluda a los elementos constitutivos del concepto de "salario" deberá observarse, para con ello dar claridad a los alcances del artículo 17 de la Ley 23 de 1982.

Esta la comprensión que debe dársele al artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 en lo que respecta al tema que se revisa. Se establece en esta disposición normativa:

> "Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salarios todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario:
>
> a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
>
> b. Los gastos de representación.
>
> c. La prima técnica.
>
> d. El auxilio de transporte.
>
> e. El auxilio de alimentación.
>
> f. La prima de servicio.

116 Al menos el artículo que acá interesa, fue objeto de una acción de inexequibilidad que en su momento fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 091 de 16 de octubre de 1986.

117 En las aludidas "consideraciones" de la consulta se hace expresa mención al Decreto 1042 de 1978; adicional a la denominación de este (que claramente lo circunscribe a empleados públicos) debe indicarse que en su artículo 1 relativo al ámbito de aplicación se estableció: "El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos, administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante". (subrayas fuera de texto).

g. La bonificación por servicios prestados

h. Los viáticos percibidos por funcionarios en comisión".

Como se observa, el artículo trascrito contempla una lista de los elementos o "factores" que constituyen el concepto de salario, todo en el marco de una concepción general de "todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios"[118].

En este orden de ideas, la solución a la inquietud que se analiza es sí, siempre que se trate de los empleados públicos de organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a que hace referencia el Decreto 1042 de 1978. Estarían excluidos aquellos empleados públicos del orden territorial y otras ramas del poder público, y, obviamente, aquellos servidores públicos que detentan una vinculación contractual, para cuyo caso habrá que recurrir a su "ley laboral" a efectos de entender los alcances del concepto de salario.

Esta interpretación ha sido ya adoptada por esta Sala en el pasado[119], situación que supone una ratificación de la argumentación coincidente sostenida al respecto.

**Inquietud 1: ¿Las entidades deben incluir dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales elementos como la prima de servicios?**

Si, para el caso de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional mencionados antes, el literal f) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 contempla a la prima de servicios dentro de los factores constitutivos de salario y, por ende, en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 debe comprenderse a esta, dentro de la base de liquidación del aporte parafiscal que se revisa.

Para el caso de servidores públicos que tengan una relación contractual, o que siendo reglamentaria no pertenezcan a aquellos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional referidos en el Decreto 1042 de 1978, deberán revisarse las normas que conforman su "ley laboral" por las razones arriba indicadas.

**Inquietud 2: ¿La prima de actividad, la prima por compensación, prima especial de servicios, bonificación por actividad judicial que se reconocen de manera habitual al trabajador deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?**

Se discriminarán los distintos elementos enunciados en la pregunta para el desarrollo del análisis correspondiente.

118 Sobre esta concepción general que se asimila a lo dispuesto en la legislación laboral ordinaria, ha señalado la jurisprudencia que este concepto de salario ha superado el ámbito jurídico, y se ha extendido a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que un concepto remuneración no puede tener pretensiones atemporales, sino estar caracterizado por una idea que permita reconocer las contraprestaciones básicas para atender las necesidades personales y familiares en un momento determinado, con el fin de garantizar una existencia acorde con la dignidad humana del trabajador. (Corte Constitucional, Sentencias C-521 de 1995 y C-1218 de 2001 entre otras).

119 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de mayo de 1987. No. de Radicación: 110. En similar sentido e incluso con mayor contundencia pueden citarse los conceptos de la misma Sala de 11 de noviembre de 1998, No. de radicación 1156; y de 27 de noviembre de 1996, No. de radicación: 923. Los dos últimos fueron referidos, y trascritos algunos extractos de ellos, en la consulta que resuelve este concepto.

La **Prima de Actividad** es un reconocimiento económico establecido normativamente a favor de miembros de la fuerza pública, mientras se encuentren prestando servicios profesionales de su especialidad, dentro de esta y, por cuyo efecto, tendrán derecho a una prima mensual de actividad en un porcentaje sobre el sueldo básico del respectivo grado[120].

Ha tenido desarrollo normativo en disposiciones que se trascriben:

Artículo 84 del Decreto Ley 1211 de 1990:

> "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico"

Artículo 68 del Decreto Ley 1212 de 1990:

> "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico"

Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990:

> "Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico"

Basta una revisión de la lista de los factores que constituyen salario de los empleados públicos contenida en el citado artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, para concluir que la prima de actividad no está incluida dentro de ellos. En tal sentido, la inquietud que se analiza en relación con este tipo de prima, debería resolverse de manera negativa.

Sin embargo, esta Sala pone de presente que las referidas disposiciones normativas que contemplan la prima de actividad, detentan fuerza material de ley y fueron expedidas con posterioridad a lo dispuesto en el artículo 42 de Decreto Ley 1042 de 1978. En tal sentido, no podía esta última disposición haber tenido en cuenta este tipo de prima dentro de los factores constitutivos de salario, aunque así se hubiera querido.

Por ello, y para efectos de dar una solución lógica y sustentable en términos históricos, a una situación que, como tantas otras se produce como consecuencia de una dispersión normativa que caracteriza el régimen de los empleados públicos y, en general, de todos los servidores públicos, estima necesario esta Sala acudir al enunciado conceptual de

120 Sobre la justificación y naturaleza de esta, ha indicado la Corte Constitucional (Sentencia C-432 de 2004): "De lo expuesto podemos concluir que la existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente.(…). En esta medida, dichas prestaciones resultan razonables y proporcionales si permiten nivelar a los miembros de la fuerza pública con el resto de servidores del Estado, a través del señalamiento de derechos prestacionales que repongan el desgaste físico y emocional a que se someten los primeros, principalmente en razón de sus servicios. (…)"..

salario contenido en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, a efectos de cotejarlo con el sentido y contenido material de la prima de actividad que se analiza[121].

Con tal sentido, se recuerda que, en esta disposición normativa relativa a empleados públicos de la Rama ejecutiva del poder público del orden nacional, se entendió por salarios: "todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios".

En virtud de ello, esta Sala observa que la naturaleza y conformación de la pima de actividad que se menciona, constituye, en efecto, una retribución o reconocimiento derivado de los servicios prestados por este tipo de empleados públicos, que se hace de manera habitual y periódica, motivo por el cual, para los efectos de la liquidación del aporte parafiscal que se analiza, debe comprenderse como un factor constitutivo de salario en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en concordancia con el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 aplicable a este tipo de empleados.

En lo que respecta a la **prima por compensación** entiende esta Sala, que de conformidad con la denominación que utilizan normas reglamentarias (como el Decreto 610 de 1998) y de la misma forma como lo ha hecho la Sección Segunda del Consejo de Estado[122], que se hace referencia a la denominada "bonificación por actividad judicial" a la que se hará referencia más adelante. En tal sentido, se remite a lo que se expondrá con ocasión del análisis de ella.

La prima especial de servicios comprendida como aquella dispuesta para algunos funcionarios de la rama judicial, por los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992[123], a diferencia de los elementos referidos con anterioridad, para los propósitos de entender si debe com-

121 En el sentido conceptual material de salario referido antes en la nota a pie de página No. 5.

122 Sentencia de 14 de diciembre de 2012. Expediente No. 10067-05.

123 Se dispuso en el texto original de estas disposiciones de la aludida Ley marco: Artículo 14 de la Ley 4 de 1992: "El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.
Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil".
Parágrafo. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad".
Por su parte, el artículo 15 de la misma Ley dispuso: "Los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los ministros de despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública". (el texto subrayado fue declarado inexequible. En el texto del concepto se hará alusión a la incidencia de ello en la consulta que se resuelve).
El primero de los artículos citados fue modificado por el artículo 1 de la Ley 332 de 1996, en los siguientes términos: "La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.
La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación". .
Posteriormente fue aclarado por el artículo 1 de la Ley 476 de 1998 en los siguientes términos: "Aclárase (sic) el artículo 1o. de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4a. de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularen con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación"..

prenderse como factor salarial para la liquidación del aporte parafiscal que se analiza en este concepto en los términos de la Ley 21 de 1982, no puede analizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, ya que en esta disposición, según lo indicado, se establecieron reglas relativas al salario y a los factores que lo constituyen, únicamente para empleados de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional.

En virtud de esto, y en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, debe entonces analizarse si puede comprenderse la prima especial de servicios que se revisa, como un factor salarial, sin contar con una disposición normativa que de alguna manera lo especifique (como lo hace el Decreto 1042 de 1978 para empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público).

Lo anterior, pese a la existencia de jurisprudencia no siempre clara ni unívoca al respecto, encuentra al entender de la Sala una solución normativa y de jurisprudencia constitucional, toda vez que, en primer lugar, al menos una de las normas que hacen alusión a esta prima (artículo 14 de la Ley 4 de 1992, modificado por el artículo 1 de la Ley 332 de 1996), expresamente, señala que: "la prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 (…) harán (sic) parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley". (Subrayas fuera de texto)[124].

Así mismo, en el entendido de que la limitación apenas trascrita, haga referencia únicamente a la prima especial de servicios referida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y no a la del artículo 15, en lo que respecta a este último, debe recordarse que, la expresión en él contenida que aludía a que esta prima no tiene "carácter salarial" fue declarada inexequible por la Corte Constitucional[125] para señalar que debía comprenderse como tal, para efectos de la liquidación pensional, es decir, igual a lo dispuesto para esta prima en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992[126].

Con base en lo anterior, si la Ley y la Corte Constitucional han entendido que la prima especial de servicios que se revisa, debe entenderse como factor salarial, pero, para los efectos de la liquidación pensional, es evidente que, para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza, no puede comprenderse como tal ya que tal consideración es limitativa.

Finalmente, en lo que respecta a la bonificación por actividad judicial debe señalarse que el artículo 1 del Decreto (reglamentario de la Ley 4 de 1992) 610 de 1998 introdujo este tipo de bonificación en los siguientes términos:

124 La Sección Segunda del Consejo de Estado en una sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 (0112-2009) de inmensa importancia, por la trascendencia que ha tenido en la construcción y formación de la jurisprudencia que la ha seguido, aproximándose a algunas consideraciones propias de los trabajadores privados o al menos de aquellos trabajadores con una relación contractual que se rigen por el Código Sustantivo del trabajo, ha señalado que existen prestaciones sociales que pueden comprenderse como componentes de salario, de fácil identificación, aunque la ley no siempre sea precisa en determinar ello, y en algunas oportunidades, limite tal calificación a efectos de liquidar pensiones.

125 Sentencia C-681 de 2003.

126 En efecto, una del as razones expresadas por la Corte Constitucional para adoptar la decisión de declarar inexequible la aludida expresión de la disposición normativa que se comenta, fue la inequidad y desigualdad que se presentaría entre la prima especial de servicios referida en el artículo 14 y la del artículo 15 de la Ley 4 de 1992, toda vez que a partir de la reforma de la primera (introducida por la Ley 332 de 1996) era evidente que se comprendía esta como factor salarial para efectos de la liquidación pensional.

> "Créase, para los funcionarios enunciados en el artículo 2º del presente decreto[127], una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.
>
> La Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes".[128]

La disposición normativa trascrita fue modificada o adicionada por el artículo 1 del Decreto (también reglamentario de la Ley 4 de 1992) 1102 del 24 de mayo de 2012, en el sentido de que la bonificación por compensación a la Actividad Judicial sería reconocida adicionalmente a favor de los auxiliares de la justicia y demás funcionarios de las altas Cortes, Tribunales, y la Procuraduría General de la Nación, estableciéndose que esta equivaldría a un valor que "sumado a la asignación básica y demás ingresos laborales igualen al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura".

Adicional a lo anterior, en la disposición normativa en comento, se dispuso que "La Bonificación por Compensación, pagadera mensualmente, sólo constituye factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los mismos términos de la Ley 797 de 2003".

Se constata entonces que, tanto en la norma que contempló esta bonificación, como en la que la adicionó o modificó, que se mencionan, al igual que en el caso de la prima especial de servicios que se analizara antes, se estableció que solo podría comprenderse esta como factor salarial, para efectos de liquidación de aportes a pensiones y a seguridad social en salud.

---

127 Se estableció en el artículo 2 de este Decreto: "La Bonificación por Compensación de que trata el artículo anterior, se aplicará a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura; a los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; a los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal de Distrito, y los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito".
"<Destinatarios de la bonificación adicionados por el artículo 1º del Decreto 1239 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> a los Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y al Secretario Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura".

128 Sobre la vigencia de esta norma y, en general del Decreto 610 de 1998, cabe recordar que este fue derogado y modificado respectivamente por los Decretos 2668 de 1998 y 1239 de 1998 (al que se hará mención en seguida) respectivamente. Pese a ello, ha señalado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sentencia de 11 de septiembre de 2003) que el Decreto 610 de 1998 ha recobrado vigencia, en los siguientes términos: "Sobre este punto cabe señalar que no se puede afirmar que el Decreto 664 de 1999 haya creado una bonificación por compensación diferente de la prevista en los Decretos 610 y 1239. Es el mismo derecho con diferente cuantía. Pero el 664 perdió fuerza ejecutoria cuando se declaró nulo el 2668, como consecuencia de que el 664 se expidió sobre la base de que la bonificación por compensación a que se refieren el 610 y 1239 no existía y por ello utilizó la expresión obvia de 'créase'; entonces si el día anterior a la expedición del 664 la bonificación por compensación no existía, ello es el fundamento fáctico jurídico de su expedición, pero al declararse nulo el 2668 y recobrar vigencia el 610 y 1239, ello determina que el día anterior estaban vigentes éstos y, por ende, desapareció el fundamento fáctico y jurídico del tantas veces citado 664, que es lo que conforme al artículo 66, numeral 2, del CCA, se denomina 'pérdida de fuerza ejecutoria', fenómeno que se traduce en que por mandato legal un acto administrativo no está llamado a seguir produciendo efectos, sin necesidad de declaración judicial que así lo disponga›". Existe similar pronunciamiento con ocasión de la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004 donde se creó una "Bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios" Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 14 de diciembre de 2012, Expediente No. 10067-05.

En ese orden de ideas, es evidente, entonces, que la bonificación por actividad judicial no puede comprenderse como factor salarial para efectos de la liquidación del aporte parafiscal que en este concepto se analiza.

**Inquietud 3: ¿Teniendo en cuenta que la prima de vacaciones se genera cuando el servidor público tiene derecho al disfrute de las vacaciones debe incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales, o al tener la connotación de prestación social no hace parte de la misma?**

Es evidente que, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente la prima de vacaciones de los servidores públicos es comprendida como una prestación social. Así se establece, tanto para empleados públicos, como para trabajadores oficiales de la rama ejecutiva del poder público del orden central, en términos similares al ámbito de aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, por parte del también Decreto Ley 1045 de 1978[129]. En efecto, el literal d) del artículo 5 de este decreto contempla a la prima de vacaciones como una prestación social.

Tal caracterización de la prima de vacaciones coincide además con lo dispuesto en la ley laboral ordinaria. Mas que por la pertinencia de esta normatividad para la prima de vacaciones de los servidores públicos que se analiza, se cita para poner de presente que pareciera coincidir con la legislación especial revisada (Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978) en el sentido de distinguir, salarios y factores que lo componen, de prestaciones sociales.

Para el objeto de este concepto, tal consideración resulta importante para poner de presente que, en el análisis de sí la prima de vacaciones debe o no considerarse para la liquidación del aporte parafiscal que se analiza, la Sala entiende que no puede comprenderse a esta como un factor comprendido dentro del concepto de salario de la "ley laboral" aplicable a los servidores públicos en general y por ende a los empleados públicos en particular. Pese a la posibilidad argumentativa de posiciones en contra de esta afirmación[130], vale la pena señalar que de ser viables ellas, solo podrían entender a la prima de navidad como factor salarial, para efectos de liquidación de cesantías y pensiones.

Sin embargo, se recuerda que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, relativo a la base de liquidación, entre otros, del aporte parafiscal que debe hacerse a la ESAP, a más de los "pagos hechos por los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral" hace relación a los "pagos (…) verificados por descansos remunerados de ley".

129 Se insiste en que mientras el Decreto Ley 1042 de 1978 delimita su ámbito de aplicación a los empleados públicos, el 1045 del mismo año, relativo a prestaciones sociales, debe aplicarse también a trabajadores oficiales es decir, a servidores públicos con vínculo contractual. En efecto, la denominación de este decreto así lo indica: "por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional", así como el artículo correspondiente a su ámbito de aplicación (artículo 1): "Del campo de aplicación. El presente Decreto fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales señaladas por la ley para su personal". "Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial".
Al igual que el Decreto 1045 de 1978 circunscribe su ámbito a servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional en los siguientes términos: "De las entidades de la administración pública. Para los efectos de este Decreto se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional de la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales".

130 La tesis que se presenta pudiera interpretarse como contraria al espíritu del artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 que contempla a la prima de vacaciones dentro de un concepto de salario, a efectos de liquidar cesantías y pensiones. En este mismo sentido puede revisarse el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 18 de julio de 2002. Expediente No. 1393.

La comprensión de la prima de vacaciones como una prestación que existe para el disfrute, en este caso de los servidores públicos, de sus vacaciones, pone en evidencia, su condición de pago por un descanso remunerado, razón por la cual, no le asisten dudas a esta Sala de que esta prestación debe ser tenida en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza.

**Inquietud 4: ¿Los pagos realizados al trabajador por concepto de viáticos, como consecuencia de una comisión de servicios, deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?**

En lo que respecta a los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, se recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable para la delimitación y comprensión del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en los términos arriba indicados, "los viáticos percibidos por funcionarios en comisión" son concebidos como uno de los factores constitutivos del concepto de salario, motivo por el cual, al menos para el caso de este tipo de servidores públicos, deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza.

Cabe agregar al respecto, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que los viáticos por comisión de servicios no pueden asimilarse con cualquier tipo de viáticos, ya que el carácter habitual y permanente caracteriza a los primeros[131].

### III. 2. Solución a la inquietud relacionada con el término de prescripción de los aportes parafiscales

Este sub acápite según lo indicado guarda relación con la pregunta restante:

**Inquietud 6: ¿Cuál es el término de prescripción de los aportes parafiscales?**

Resulta pertinente señalar que sobre el problema jurídico que recoge esta inquietud hubo un antecedente normativo que, de manera inequívoca, lo resolvía. Se establecía en el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 que las normas relativas al "cobro" incorporadas en el libro quinto del Estatuto Tributario, eran las disposiciones aplicables en lo referente a la administración y control de las contribuciones y aportes establecidos, entre otros, en la Ley 21 de 1982[132].

En este sentido era evidente que la existencia de una norma especial al respecto, hacía innecesario acudir a normas generales relativas al cobro de este tipo de recursos y, dentro

131 Ha sostenido el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo "(…) en efecto, se ha considerado a los viáticos como aquella asignación que es capaz de retribuir y, por ende, remunerar la labor prestada, cuando sufragan la manutención y el alojamiento del servidor en el lugar donde tenga que cumplir la comisión de servicios, pero siempre que cumplan con la condición de habitualidad y permanencia en su ingreso. Lo anterior significa que si se perciben ocasionalmente por el empleado no adquieren el carácter remunerativo de la labor prestada". Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda- Subsección A, Sentencia de 2 de mayo de 2013. No. de radicación: 1903-11. En similar sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Sentencia de 25 de septiembre de 2008. Expediente 2573-07,

132 "Remisión de normas de administración y control. Las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las Leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993".

de ellas, lo relativo a la prescripción. Así lo entendió la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado[133].

El aludido artículo 54 de la Ley 383 de 1997 ha sufrido cambios, con ocasión de la expedición de las Leyes 488 de 1998 y 633 de 2000, artículos 91 y 99[134] respectivamente. Su nuevo texto es el siguiente:

> "El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto de Seguros Sociales, la Escuela Superior de Administración Pública, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán amplias facultades de fiscalización y control frente a las contribuciones y aportes inherentes a la nómina que les correspondan respectivamente, de acuerdo con sus actuales competencias y conforme con aquellas normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional que sean compatibles con el ejercicio de sus funciones".

Como se observa, la disposición normativa vigente ya no alude al "cobro" de los aportes; por el contrario, hace referencia solamente a la aplicación del Libro V del Estatuto Tributario para el ejercicio de facultades de fiscalización[135] y control[136], conceptos estos que no suponen la facultad de cobro.

La ausencia de una norma expresa que establezca una interpretación inequívoca, podría hacer pensar en la aplicación del Estatuto Tributario (artículo 817[137]) para cubrir este vacío, tal y como lo ha entendido esta Sala en el pasado[138]; tal idea, sin embargo, se abandonará, porque al entender de esta misma Sala en el presente, el Estatuto Tributario tiene una delimitación de su objeto que no puede extenderse a los aportes parafiscales que se

133 En Sentencia de 26 de marzo de 2009, No. de radicación: 0422-01 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se señaló: "En consecuencia, contrario a lo que considera el demandante, estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales, por lo que para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, "las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993". Como dentro de estas contribuciones se cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor"

134 Este artículo fue declarado parcialmente inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-992/01.

135 En el derecho positivo colombiano es común la distinción entre el concepto de fiscalización y cobro; por ejemplo, el artículo 113 de la Ley 6 de 1992 distingue respecto de las competencias de la Caja de Compensación Familiar entre fiscalización y cobro: "Los procesos de fiscalización y cobro sobre el cumplimiento correcto y oportuno de los aportes…a las Cajas de Compensación Familiar, deberán ser adelantados por cada una de estas entidades".

136 La misma Ley 633 de 2000 advierte los alcances de la facultad de control, dentro de los que no se puede comprender el cobro. En efecto, se establece en el artículo 99 de esta: "En todo caso, en ejercicio de las tareas de control, las entidades administradoras podrán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes al Sistema que hayan recibido; solicitar de los aportantes, afiliados o beneficiarios la información que estimen conveniente para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones para con el Sistema, al igual que solicitar de aquéllos y éstos las explicaciones sobre las inconsistencias en la información relativa a sus aportes a los distintos riesgos que haya sido detectada a través del Registro Unico de Aportantes a que alude el inciso final del presente artículo. En ningún caso las entidades administradoras podrán modificar unilateralmente tales declaraciones, salvo que se trate de simples errores aritméticos o del período de cotización en salud.
Agotada la etapa persuasiva de control a que alude el inciso anterior sin que el aportante acepte corregir la situación anómala detectada por la administradora, ésta deberá dar traslado de las actuaciones surtidas a la entidad que resulte competente para conocer de las mismas, según el riesgo de que se trate. En el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud, dicha competencia recaerá en la Superintendencia Nacional de Salud. En los casos que correspondan al Sistema de Seguridad Social en Pensiones o Riesgos Profesionales, será competente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

137 Modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014. El texto vigente es el siguiente: "La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de: 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea. 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores. 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión".

138 Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil: Concepto de 2 de diciembre de 2015, Radicación número: 2267.

analizan; motivo por el cual, se estima, en cambio, pertinente, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil.[139].

En tal sentido, debe observarse lo dispuesto al respecto en el inciso primero del artículo 2536 del Código Civil, donde se señala: "La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10) años".

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** María Teresa Palacio Jaramillo, Presidenta Sala de Conjueces. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Conjuez. Alberto Montaña Plata, Conjuez. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

139 A esta misma conclusión ha arribado la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala Contencioco Administrativa del Consejo de Estado: "Hoy día en este procedimiento no hay termino habilitado para iniciar dicha acción de cobro, quedando el tema de la caducidad regulado en el art 817 de E.T., norma que refiere en particular al término de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales, mas no al de las obligaciones parafiscales. Es decir, que el Estatuto Tributario a más de señalar la caducidad de la acción bajo la nominación de prescripción, por inactividad del titular en término perentorio de cinco años respecto del cobro de deudas fiscales, no hace alusión respecto de las obligaciones cuyo contenido es un recurso parafiscal. Para estos, se concluye que el proceso de cobro puede ser iniciado dentro del término general de prescripción señalado en el Código Civil y la modificación introducida por la Ley 791 de 2002 que es de cinco años contados a partir de que la obligación se ha hecho exigible". Sentencia del 22 de agosto de 2013, No. de radicación: 0349-12.

## 4. Publicidad oficial. Ley 14 de 1991, artículo 21. Potestad reglamentaria

**Radicado 2318**

Fecha: 19/09/2017
Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 3 de abril de 2018

El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca de la aplicabilidad del Decreto 4326 de 2011, reglamentario del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, con el propósito de establecer las entidades obligadas a efectuar la transferencia ordenada por el artículo 21 de la Ley 14 de 1991. Asimismo, se busca determinar el alcance del concepto de publicidad oficial dentro del contexto de estas normativas.

### I. ANTECEDENTES

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

1. El parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 estableció que un porcentaje de los presupuestos publicitarios anuales de los organismos descentralizados debe dirigirse al canal de interés público operado por Inravisión (hoy RTVC), a la radiodifusión oficial y a los programas culturales de las organizaciones regionales.

2. El Consejo de Estado, a través de un concepto del 25 de septiembre de 2003, señaló que los "presupuestos publicitarios" de los organismos descentralizados eran todas aquellas partidas que aparezcan apropiadas para gastos de publicidad; entendida aquella como las actividades realizadas con fines comerciales. Por lo tanto, bajo esta definición, serían pocas las entidades descentralizadas que podrían considerarse obligadas, pues la mayoría de las entidades públicas carecen del fin comercial establecido en el referido concepto.

3. En el año 2011 se promulgó la Ley 1474, Estatuto Anticorrupción, de cuyo artículo 10º se puede entender la publicidad como "la divulgación de los programas y políticas que realicen las entidades públicas, que implique utilización de dineros del Estado, que busquen el cumplimiento de la finalidad de la respectiva entidad"[140].

4. El Decreto 4326 de 2011 reglamentó el artículo 10º de la Ley 1474 de 2011. Según el órgano consultante, del artículo 2º del Decreto se desprende que no se puede entender por publicidad aquella que "realicen las entidades públicas con la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia". En virtud de lo anterior, considera:

   > *"[E]ntendiendo que las entidades públicas sólo pueden actuar dentro del marco de su competencia, establecida claramente en la norma de creación de la misma, sólo podemos concluir que todas las entidades ejecutarán publicidad con*

140 Texto de la consulta, p. 6.

*la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la ley en relación con los asuntos de su competencia.*

*Así por ejemplo, el ICBF tiene dentro de su competencia la protección de la infancia, entonces, si con el fin de cumplir con esta función emite carteles que promuevan el respeto a los derechos del menor, según lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1474 de 2011, esto es catalogado como publicidad pues guarda estrecha relación con la finalidad de la respectiva entidad".*

5. Para el Ministerio, el Ejecutivo estableció una limitante no incorporada en la ley, pues:

*"[L]as leyes procedentes señalan a las entidades la competencia directa respecto a sus funciones como exigencia para divulgar e informar, permitiendo así la publicidad y el giro del 7% a la RTVC, en tanto que el decreto termina diciendo que lo que las entidades promuevan o divulguen, que sea de ley y de su competencia, no es publicidad, en perjuicio del giro de ese 7% que autoriza la ley"*[141].

De esta forma se presenta un vaciamiento de la ley producto del decreto que lo reglamenta.

6. En consecuencia señala el órgano consultante que, si con fundamento en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 ninguna de las actividades que realicen las entidades públicas sobre los asuntos de su competencia puede calificarse como publicidad, es necesario definir qué se entiende por esta bajo la Ley 1474 de 2011 y el artículo 21 de la Ley 14 de 1991.

7. Asimismo, se requiere determinar cuáles serían las entidades obligadas a realizar la transferencia, toda vez que existen casos como los de Fogafín, Findeter y Bancoldex S.A. en los que esta no se realiza a la RTVC, bajo el argumento de que no deben hacerlo, pues se trata de entidades de orden financiero con naturaleza única y régimen jurídico privado, lo que las excluye de la clasificación establecida en la Ley 489 de 1998.

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

*1 A partir de la normatividad antes descrita, resulta importante definir qué debe entenderse por publicidad pública y su alcance para efectos de la aplicación a la RTVC.*

*2. ¿El Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015, que restringe o determina qué no constituye publicidad pública, estaría generando que las entidades que financian el canal cultural del sistema de medios públicos se abstengan de girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991?*

141 Texto de la consulta, p. 10.

3. *¿Cuáles serían las variables o fuentes reales de publicidad y los conceptos sobre los cuales una entidad descentralizada debería girar los dineros a la RTVC?*

4. *De no estar las entidades obligadas a girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991, por cuanto el decreto lo restringe, ¿cuál sería entonces la fuente de financiación del canal cultural y educativo de la RTVC?*

5. *¿Es factible deducir que el decreto fue más allá de lo establecido en la ley, perjudicando la finalidad de la misma, afectando la cultura y la educación ciudadana propia del sistema de medios públicos, dada la naturaleza de la RTVC, a tal punto que debe ser objeto de derogatoria, demanda de nulidad o simplemente de inaplicabilidad, por excepción de inconstitucionalidad?*

6. *¿Cuáles serían las actividades distintas a las de la ley, propias de las entidades descentralizadas, que constituirían publicidad oficial a la luz del Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015?*

7. *¿Sólo están obligadas a realizar la contribución las entidades que ejercen actividad comercial?*

8. *¿Corresponden a Fogafín, Findeter y Bancoldex S.A., como entidades descentralizadas, realizar los aportes o transferencia de que trata la Ley 14 de 1991? En caso negativo, ¿cuál sería el fundamento que los exime de dicha obligación?*

## II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las distintas preguntas objeto de la consulta, la Sala se referirá en primera instancia a: i) la potestad reglamentaria, ii) la publicidad oficial y iii) el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991.

### a. La potestad reglamentaria

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política consagra la potestad reglamentaria en los siguientes términos:

> *"Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*
>
> *(…)*
>
> *11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".*

Esta potestad ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como:

*"[L]a facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance".*[142]

Respecto a esta potestad, se han identificado las siguientes características[143]:

i) Conlleva el ejercicio de una función administrativa[144].

ii Tiene como propósito precisar y detallar la ley para que de esta forma pueda ejecutarse adecuadamente[145].

iii) Finaliza con la expedición de actos de carácter general y abstracto[146], los cuales, en el caso del Presidente de la República, reciben el nombre de decretos reglamentarios.

iv) El acto que resulta no es una nueva ley, sino un acto complementario de esta[147].

v) Promueve la organización y el funcionamiento de la administración[148].

142 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. "La potestad reglamentaria es la facultad constitucional atribuida de manera permanente a algunas autoridades para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales se desarrollan las reglas y principios en ella fijados. Su propósito es señalar aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten la debida aplicación de la ley, sin que en ningún caso pueden modificarla, ampliarla o restringirla en cuanto a su contenido material o alcance". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00095-00(1280-09), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).

143 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

144 "El numeral 11 del artículo 189 C.P. atribuye la potestad reglamentaria al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, por lo que su ejercicio corresponde al cumplimiento de una función administrativa que se sujeta, por definición, a la observancia de normas superiores como son la Constitución Política y la ley". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).

145 "Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. "El propósito único de la potestad reglamentaria, tal como lo ha precisado esta Sección, es posibilitar la debida ejecución de las leyes (incluyendo dentro de ellas las normas que tienen fuerza de ley), mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos concretos que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución. Al hacer uso de esa potestad el Ejecutivo tiene como finalidad hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.

146 "En primer lugar debe recordarse que la finalidad de la potestad reglamentaria es la expedición de normas de carácter general orientadas a asegurar la cumplida ejecución de las leyes". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). "Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación". Corte Constitucional. Sentencia del 1 de agosto de 2001, C-805-01.

147 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 2013. Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00284-00.

148 "Como señala la doctrina, la razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden resumirse en dos: i) la necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo y ii) el aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, con la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias. Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

vi) Representa un mecanismo de colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo[149].

vii) Facilita la inteligencia y entendimiento de la ley por parte de la administración y los administrados[150].

viii) No puede ejercerse en el caso de materias que deben necesariamente regularse a través de una ley[151].

ix) No es absoluta, en virtud de encontrarse limitada. En esta dirección, la jurisprudencia ha señalado que no es posible ejercer la potestad reglamentaria cuando se trate de una ley que incorpore disposiciones precisas y claras que no requieren de una regulación adicional para su ejecución (límite por necesidad)[152]. Asimismo se ha indicado que entre más detallada sea la norma expedida por el legislador, menor será el ámbito de acción de la administración para reglamentar la norma. En el mismo sentido, entre menos detallada sea la ley, mayor será el campo de actuación del Ejecutivo[153].

149 "[E]l ejercicio de la potestad reglamentaria permite dictar normas sobre aspectos procedimentales o sustanciales más puntuales (sin que se materialicen o concreten en actos administrativos particulares), que generalmente la ley no definió. Se trata de una especie de colaboración que ejerce el ejecutivo para completar la función del poder legislativo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

150 "La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido reiterativa en el sentido de señalar que el objeto de la potestad reglamentaria consiste en la expedición de normas de carácter general destinadas a lograr la correcta ejecución, cumplimiento y efectividad de la ley para así volverla activa y plenamente operante, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares al especificar su significado para el logro de los fines del Estado y de la función administrativa". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).

151 "De acuerdo con lo anterior esta la facultad reglamentaria en comento, tiene límites derivados de: a) la propia ley, a saber del grado de desarrollo legislativo, pues "es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa", y b) del constituyente el cual por motivos de reserva legal ha dispuesto que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa, garantía que impide que sea por medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).

152 "Así mismo, la Sala ha identificado dos criterios que contribuyen a determinar los límites y alcance del poder reglamentario, como son: el de competencia y el de necesidad, los cuales han sido entendidos así: Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa: Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Fija así la norma básica los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad. Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley, tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293)A.

153 "La potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, contrario sensu, a menor ejercicio legislativo mayor amplitud reglamentaria". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. "El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar y su extensión dependerá de la forma así como del detalle con que la Ley reguló los temas correspondientes. Es decir, que el ejercicio de esta potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos: si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. "Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles. (…) Como se desprende de lo expuesto, la función administrativa que al Presidente de la República corresponde en ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede en ningún caso exceder la norma que se reglamenta, ni crear, modificar o derogar normas de rango legal, pues ello trasformaría al Presidente de la República en legislador, con desconocimiento de la separación de funciones que corresponde a las distintas ramas del poder". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2007-000630-00(1299-07). "La Jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República de conformidad con el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, se ejerce mediante normas jurídicas que desde el punto de vista formal y material se encuentran subordinadas a la Ley, de tal manera que no pueden derogar, modificar, ampliar o restringir su alcance, porque ello no sería reglamentar sino legislar". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00.

Con todo, el límite más importante para el ejercicio de la potestad reglamentaria es su subordinación a la ley[154], tanto desde el punto de vista jerárquico[155] como sustancial. En consecuencia, a través de la potestad reglamentaria no es posible ampliar, restringir, modificar o contrariar la norma promulgada por el legislador (límite por competencia)[156], así como tampoco limitar o impedir la realización de los fines perseguidos por esta[157]. Por ende, en el ejercicio de su función reglamentaria, el Ejecutivo no puede adicionar nuevas disposiciones:

> *"De lo expuesto pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado, se encuentra un criterio de competencia y, del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de manera que le está prohibido, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo"[158].*

### b. Sobre la publicidad oficial

En términos generales la publicidad es un mecanismo para promover o dar a conocer un producto o servicio[159], o para persuadir o influir la conducta del público[160].

---

154 "La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.

155 "[E]l reglamento, como expresión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, es un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley. La sumisión jerárquica del reglamento a la ley en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda el reglamento suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos. Por este motivo, si el reglamento supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez y por tanto deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 C.P.
En similares términos se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C- 037 de 2000, cuando dijo que "los actos administrativos de contenido normativo deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley"". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-000193-00(2143).

156 "[E]l límite de la facultad reglamentaria se encuentra en la ley objeto de desarrollo, de modo que el Presidente de la República no puede contrariar el sentido de la norma reglamentada". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1º de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00102-00(1700-06).

157 "En consecuencia, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de expedición de actos administrativos generales no se puede sobrepasar la ley (debe preservarse su naturaleza y elementos), así como tampoco es posible dictar una regulación que en lugar de facilitar su aplicación (de la ley), la restrinja o impida la realización de sus fines". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223).

158 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

159 "Una de las herramientas más importantes y eficientes con la que cuentan los empresarios para dar a conocer sus productos y, por ende, para competir en el mercado, es sin duda alguna la publicidad (…) la publicidad busca vender un producto y/o generar valor, recordación, y aprecio para una marca (…)". Jorge Jaeckel Kovács, Publicidad engañosa, en Perspectivas del Derecho del Consumo (Carmen Ligia Valderrama Rojas (dir.)). Universidad Externado de Colombia. 2013, pp. 271-273. "La publicidad es el medio a través del cual por excelencia los comerciantes ofrecen a millones de consumidores sus productos o servicios en la sociedad de consumo actual. La publicidad comercial hoy en día tiene gran importancia en la vida económica de los ciudadanos, ya que por intermedio de esta el consumidor toma decisiones económicas relativas a la satisfacción de sus necesidades y deseos". Juan Carlos Villalba Cuellar, La publicidad engañosa en el Derecho del Consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al Estatuto de protección al consumidor colombiano, en Derecho del consumo. Problemáticas actuales (José Manuel Gual Acosta y Juan Carlos Villalba Cuéllar (dirs.)). Universidad Santo Tomás y Grupo Editorial Ibañez. 2013, p. 42.

160 Así por ejemplo, el artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, define la publicidad como: "Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo".

Así por ejemplo, en la Resolución 4878 de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, al modificar el parágrafo 1º del artículo 1º de la Resolución 3092 del 8 de mayo de 2012, se definió la publicidad en los siguientes términos:

> *"Entiéndase por publicidad, para los efectos de esta resolución,* ***la difusión de mensajes publicitarios*** *relacionados con un servicio o producto, que a través de programas publicitarios, avisos comerciales, afiches, vallas, plegables y logotipos, sean puestos en conocimiento del público con fines de divulgación, información, capacitación o similares, a través de su entrega y/o exposición directa o a través de cualquier medio de comunicación, ya sea prensa, radio o televisión, entre otros".*[161]

En el caso de la publicidad de bebidas alcohólicas, el Acuerdo 1 de 2006 expedido por la Comisión Nacional de Televisión se refirió al concepto de publicidad como:

> *"[T]oda comunicación emitida por encargo dentro de un programa de televisión, cuyo objetivo es dar a conocer las características, cualidades y atributos de un producto, nombre, marca, servicio, concepto o ideología, con el fin de generar presencia, recordación o aceptación, y de persuadir o influir en los hábitos o gustos del televidente.*

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 1109 de 2006[162] señaló:

> *"[P]or "publicidad y promoción del tabaco" se entiende toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de* ***promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco****".*

Ahora bien, en el caso de la administración pública, la publicidad, aunque puede entenderse como un principio que guía la actividad de las autoridades[163] o un instrumento para el buen gobierno[164], constituye principalmente una herramienta de comunicación con los ciudadanos. Lo anterior puede observarse en los siguientes ejemplos:

---

161 En términos similares la Superintendencia de Servicios Públicos definió la publicidad así: "Para tales efectos entiéndase por publicidad en general toda difusión de programas publicitarios, avisos comerciales, afiches, plegables, logotipos; todos ellos con fines de publicidad, de información, de capacitación o similares, que sean puestos en conocimiento público a través de la expresión "Vigilado Superservicios", también deberá ser anotada en cada una de las facturas que les sean entregadas a los suscriptores o usuarios, en desarrollo del contrato de servicios públicos". Resolución SSPD - 20131300030865 de 2013. Por su parte, la Superintendencia de Salud definió la publicidad en la Circular Externa 47 de 2007 así: "Para tales efectos, entiéndase por publicidad en general, toda difusión de mensajes publicitarios, avisos comerciales, afiches, plegables, logotipos, todos ellos con fines de publicidad, de información, de capacitación o similares, que sean puestos en conocimiento público a través de cualquier medio masivo de comunicación, ya sea prensa, radio o televisión, entre otros".

162 "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco", hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003)".

163 "9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma". Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

164 "En las sociedades contemporáneas se aprecia que uno de los fines propios de la comunicación pública en un Estado constitucional democrático es el fomento de la participación, lo que nos conduce al papel de las políticas informativas en un Estado cada vez más comunicativo. La realidad del Estado comunicativo se vincula con las nuevas concepciones de la cooperación, negociación y participación ciudadanas, que justifican las teorías sobre el consenso y la progresiva falta de formalismo e imperatividad de las actuaciones públicas en el Estado moderno. (…) Por tanto, la publicidad estatal ha podido definirse como instrumento para el buen gobierno administrativo. La publicidad ha seducido a las instituciones públicas que pasan a gestionar los asuntos políticos con ese sello de eficacia que le proporcionan las técnicas del sector privado. La publicidad estatal se considera un instrumento eficaz para la simplificación del lenguaje administrativo, por oposición a su burocratización". Consejo de Derechos Humanos. 23º período de sesiones. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. 22 de marzo de 2013.

El parágrafo 1º del artículo 5º de la Resolución 193 del 14 de marzo de 2012 de la Universidad de Caldas establece:

> *"Entiéndase por publicidad oficial toda actividad de divulgación que tenga como* ***propósito dar a conocer al público en general los servicios y actividades misionales*** *de la Universidad de Caldas".*

En el artículo 3º del Proyecto de Ley No. 147 de 2016 de la Cámara de Representantes, por medio del cual se buscaba regular la publicidad estatal, esta fue definida como:

> *"[C]ualquier forma de comunicación y divulgación de información dirigida al público en general, a través de diferentes medios de comunicación, tales como, pero sin limitarse, televisión, radio, prensa, medios electrónicos, medios impresos y/o audiovisuales, vallas, pancartas, insertos, anuncios, eventos, redes sociales y patrocinios; que sean contratados o gestionados por las entidades estatales* ***para dar a conocer sus productos, servicios, planes, programas, proyectos, campañas, convocatorias, y demás actividades*** *propias de su naturaleza y misión".*[165]

En el campo internacional también es posible identificar distintas definiciones sobre publicidad oficial, las cuales varían en su extensión y profundidad. Así, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la precisa de la siguiente manera:

> *"Esos marcos legales deben definir a la publicidad oficial de manera sencilla y abarcadora, por ejemplo, estableciendo que es publicidad estatal* ***toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos****, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte"*[166]*.*

Por su parte, en Argentina la Resolución 247 – E/2016 de la Secretaría de Comunicación Pública señaló:

> *"Se considera publicidad oficial a toda forma de comunicación, anuncio o campaña institucional, de carácter oneroso, gratuito o cedido por imperio legal, efectuada a través de cualquier medio de comunicación, por los organismos enumerados en el artículo 8º de la ley 24.156, el Banco de la Nación Argentina y sus empresas vinculadas,* ***para difundir acciones o informaciones de interés público****".*

En el caso del Perú, la publicidad oficial fue concebida por la Ley 28774 como:

> *"[A]quella que tiene por finalidad* ***promover conductas de relevancia social****, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras, así como la difusión de la ejecución de* ***los planes y programas*** *a cargo de las entidades y dependencias".*

165 *Gaceta del Congreso* No. 772 del 16 de septiembre de 2016.

166 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. 2012, p. 19.

De lo anterior se advierte que en sentido amplio la publicidad oficial constituye un mecanismo de comunicación que utiliza la administración para que los ciudadanos[167] conozcan sus servicios, planes y programas o cualquier otra actividad relacionada con su naturaleza y funciones. De esta manera, por medio de la publicidad la administración socializa y educa a la ciudadanía o informa a esta sobre asuntos de interés público[168]. En este sentido, la Corte Constitucional indicó:

> *"[S]i bien el concepto de publicidad institucional puede tener un alcance mucho más amplio, para efectos del presente análisis habrá de describirse como un recurso de uso frecuente por las entidades públicas para el* ***impulso de políticas, el fomento de valores, la información del ciudadano sobre sus derechos y obligaciones, e inclusive para el ofrecimiento de servicios*** *inherentes al ejercicio de sus funciones, entre otros fines"*[169].

En lo transcrito y destacado en negrillas pueden advertirse distintas aproximaciones sobre el concepto de "publicidad oficial", una voz que, entonces, resulta polisémica: Definiciones circulares que usan, para definir la publicidad, el mismo concepto que pretenden definir (***la difusión de mensajes publicitarios***). Definiciones que apuntan más a la publicidad como se la entiende en el mundo de los negocios (***con el fin de generar presencia, recordación o aceptación, y de persuadir o influir en los hábitos o gustos; promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco***). Definiciones ex profeso amplias (***propósito dar a conocer al público en general los servicios y actividades misionales; para dar a conocer sus productos, servicios, planes, programas, proyectos, campañas, convocatorias, y demás actividades; toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos; para difundir acciones o informaciones de interés público promover conductas de relevancia social****… {y}* ***los planes y programas; impulso de políticas, el fomento de valores, la información del ciudadano sobre sus derechos y obligaciones, e inclusive para el ofrecimiento de servicios.*** En las definiciones revisadas poco ayudan las alusiones al carácter público del gasto correspondiente, el cual solo es útil para explicar el sentido del adjetivo calificativo "oficial", pero deja en el aire el concepto sustantivo que interesa, vale decir el de publicidad.

En suma, como puede advertirse de los diferentes actos administrativos, jurisprudencia, proyectos y leyes nacionales e internacionales, el concepto de publicidad oficial no es unívoco y se entiende según el contexto en el que se vaya a emplear. Así, por ejemplo, la publicidad oficial se ha utilizado para:

167 "La Administración Pública tiene entre sus objetivos comunicarse con sus ciudadanos. Informa sobre aspectos jurídicos, administrativos, sociales y de interés general. La publicidad institucional es una herramienta más para favorecer esta comunicación". Esther Martínez Pastor, Publicidad Institucional de las Administraciones Públicas: marco jurídico y controversias. Revista Comunicación y Hombre. Número 8. 2012, p. 51. Igualmente, se ha indicado: "Los Estados deben utilizar la pauta o publicidad oficial para comunicarse con la población e informar a través de los medios de comunicación social sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y garantizar el derecho a la información y el ejercicio de los derechos de los beneficiarios de las mismas o de la comunidad. Se debe tratar de información de interés público que tenga por objeto satisfacer los fines legítimos del Estado y no debe utilizarse con fines discriminatorios, para violar los derechos humanos de los ciudadanos, o con fines electorales o partidarios". Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ob. cit., p. 20.

168 "El propósito de la publicidad oficial, en teoría, es informar sobre asuntos de interés público, lo cual incluye temas ligados a la salud, a la educación, a la seguridad, a la realización de elecciones, por ejemplo". Martín Becerra. Quid Pro Quo. La publicidad oficial en la Argentina y sus múltiples facetas. Poder ciudadano. 2011, p. 2.

169 Corte Constitucional. Sentencia del 20 de agosto de 2003, T-222/03.

a) Informar a los ciudadanos sobre: i) sus derechos y obligaciones, ii) los trámites, procedimientos y plazos de la administración, iii) la existencia, integración y funciones de las entidades públicas, iv) los servicios que estas prestan, y v) las actividades, proyectos y resultados de los organismos estatales. Se considera que en estos casos la publicidad cumple una finalidad informativa.

b) La consecución de clientes y la apertura de mercados para el país, los entes territoriales, o las empresas públicas. En este evento la publicidad oficial tiene una finalidad estrictamente comercial.

c) Sensibilizar a los ciudadanos a través de la promoción de conductas o hábitos de convivencia, bienestar social, salud pública, etc. Se trata por tanto de publicidad con una finalidad social[170] o pedagógica[171].

De esta manera, por medio de la publicidad oficial la Administración impulsa sus políticas, fomenta valores, ofrece servicios, se comunica con los ciudadanos e informa a estos sobre aspectos y asuntos de interés general[172].

Ahora bien, para la determinación de una definición de publicidad oficial es necesario tomar en consideración, además de lo anterior, lo señalado por esta Sala en el año 2003, así como lo dispuesto por los artículos 10º de la Ley 1474 de 2011 y 2º del Decreto 4326 de 2011.

Así, en concepto del 25 de septiembre de 2003 la Sala de Consulta y Servicio Civil se refirió al concepto de publicidad oficial en los siguientes términos:

> *"[D]ado que no existe una definición legal de "publicidad", ni de "presupuesto publicitario", se acude a las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, XXI edición, 1992, así: "Publicidad (...) 2.- Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos. 3.- Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.". "Publicitario.- (...) Perteneciente o relativo a la publicidad utilizada con fines comerciales".*

170 A su vez, dentro de la anterior y de acuerdo con Cortés (2011), las administraciones públicas (estatales, autonómicas o locales) hacen cuatro tipos de publicidad: – Institucional informativa, que se limita a: informar sobre trámites y plazos con la administración y aportar directrices a los ciudadanos sobre cómo actuar; informar sobre la existencia, la composición y funcionamiento de las instituciones públicas; e informar a los ciudadanos sobre sus derechos y obligaciones legales (por ejemplo *Hacienda somos todos*); difundir las actividades, los proyectos ejecutados, los resultados obtenidos, en relación con los servicios prestados por cada administración pública. – Institucional comercial, que es aquella que bajo una lógica mercantilista, busca clientes y mercados para el país, comunidad autónoma o municipio que es gobernado por una administración concreta. Ejemplos de este tipo de campañas serían las de loterías, ferias, eventos, turismo y promoción nacional, regional o local. – Electoral, que se lleva a cabo en las campañas electorales, cumpliendo unos espacios y unos tiempos determinados, repartidos por la *Junta Electoral*. – Con fines sociales, que busca la sensibilización de los ciudadanos, fomentando conductas o hábitos para la convivencia, el bienestar social, la salud pública (tabaquismo, sida, maltrato, etc.)". Jesús Bermejo-Berros, Estrategias de comunicación en las administraciones públicas a través de la publicidad impresa". El profesional de la información. Vol. 20. No. 4. 2011, pp. 400-401.

171 "Así mismo esta publicidad puede ser i) informativa y/o ii) pedagógica. La primera muestra la gestión que se realiza en las entidades estatales, y la segunda, informa a la ciudadanía cómo acceder a programas, planes, bienes y servicios". Proyecto de Ley 147 de 2016 Cámara. *Gaceta del Congreso* No. 772 del 16 de septiembre de 2016.

172 Corte Constitucional. Sentencia del 20 de agosto de 2003, T-222/03. "El propósito de la publicidad oficial, en teoría, es informar sobre asuntos de interés público, lo cual incluye temas ligados a la salud, a la educación, a la seguridad, a la realización de elecciones, por ejemplo". Martín Becerra. Quid Pro Quo. La publicidad oficial en la Argentina y sus múltiples facetas. Poder ciudadano. 2011, p. 2.

*En este orden de ideas, puede concluirse que los "presupuestos publicitarios" de los organismos descentralizados son todas las partidas que aparezcan apropiadas para gastos de publicidad; es decir, la que se realiza por la entidad con fines comerciales. Y como ese gasto puede aparecer en varios capítulos, no interesa que esté incluido en los "gastos generales" o en los "gastos de comercialización y producción" o en cualquier otra denominación que se utilice en la nomenclatura presupuestal. Lo fundamental es la naturaleza del gasto".*[173]

Por su parte, el artículo 10º del Estatuto anticorrupción, disposición que buscó controlar los gastos de las entidades públicas en materia de publicidad[174], establece:

*"PRESUPUESTO DE PUBLICIDAD. Los recursos que destinen las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial, en la divulgación de los programas y políticas que realicen, a través de publicidad oficial o de cualquier otro medio o mecanismo similar que implique utilización de dineros del Estado, deben buscar el cumplimiento de la finalidad de la respectiva entidad y garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. En esta publicidad oficial se procurará la mayor limitación, entre otros, en cuanto a contenido, extensión, tamaño y medios de comunicación, de manera tal que se logre la mayor austeridad en el gasto y la reducción real de costos.*

*Los contratos que se celebren para la realización de las actividades descritas en el inciso anterior, deben obedecer a criterios preestablecidos de efectividad, transparencia y objetividad.*

*Se prohíbe el uso de publicidad oficial, o de cualquier otro mecanismo de divulgación de programas y políticas oficiales, para la promoción de servidores públicos, partidos políticos o candidatos, o que hagan uso de su voz, imagen, nombre, símbolo, logo o cualquier otro elemento identificable que pudiese inducir a confusión.*

*En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no esté relacionada en forma directa con las funciones que legalmente debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo o con policromías*[175]*.*

*Parágrafo 1. <Parágrafo derogado por el artículo 50 de la Ley 1551 de 2012>*

173 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2003. Radicación número: 1525.

174 "Presupuesto de publicidad. Lo que se busca con el artículo anterior es que los gastos destinados para publicidad de las entidades públicas no se excedan". *Gaceta del Congreso* 1002 del 1º de diciembre de 2010. "[H]ay otro artículo sobre el presupuesto de publicidad, qué se quiere con este nuevo artículo, lo que se busca es que los gastos destinados a publicidad de parte de las entidades públicas no se incrementen o no haya un gasto exagerado previo por ejemplo, a las diferentes elecciones, entonces siempre se mantendrá un gasto límite para las diferentes entidades". *Gaceta del Congreso* del 11 de febrero de 2011.

175 Debe señalarse que el inciso 4º del artículo 10º había sido modificado por el artículo 232 del Decreto 19 de 2012, disposición que establecía: Modifíquese el inciso 4 del artículo 10 de la Ley 1474, el cual quedará así: "En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no esté relacionada con las funciones que legalmente debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo"". Sin embargo, el artículo 232 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-261 del 2016.

*Parágrafo 2. Lo previsto en este artículo no se aplicará a las Sociedades de Economía Mixta ni a las empresas industriales y comerciales del Estado que compitan con el sector público o privado o cuando existan motivos de interés público en salud. Pero en todo caso su ejecución deberá someterse a los postulados de planeación, relación costo beneficio, presupuesto previo y razonabilidad del gasto.*

*Parágrafo 3. Las entidades del orden nacional y territorial a que se refiere esta disposición están obligadas a publicar periódicamente en su página de Internet toda la información relativa al presupuesto, planificación y gastos en las actividades descritas en el inciso primero de este artículo".*

La norma anterior debe complementarse con lo dispuesto por el Decreto 4326 de 2011, cuyos artículos 1º y 2º fueron reproducidos respectivamente por los artículos 2.8.4.5.1.[176] y 2.8.4.5.2.[177] del Decreto Único 1068 de 2015.

Así, la primera de las citadas normas establece:

*"Actividades de divulgación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1474 de 2011, las entidades públicas podrán adelantar directa o indirectamente, actividades de divulgación de sus programas y políticas, para dar cumplimiento a la finalidad de la respectiva entidad en un marco de austeridad en el gasto y reducción real de costos, acorde con los criterios de efectividad, transparencia y objetividad".*

En lo que respecta al artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, esta disposición estableció un conjunto de elementos que no se consideran actividades de divulgación. De esta forma señaló:

*"Actividades no comprendidas. No se consideran actividades de divulgación de programas y políticas, ni publicidad oficial, aquellas que realicen las entidades públicas con la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia, la satisfacción del derecho a la información de los ciudadanos o el ejercicio de sus derechos, o aquellas que tiendan simplemente a brindar una información útil a la ciudadanía, como pueden ser entre otras:*

*a) Las originadas en actividades o situaciones de riesgo, cuya difusión tiende a prevenir o disminuir la consumación de daños a la ciudadanía;*

*b) Las notificaciones, comunicaciones o publicaciones legalmente dispuestas;*

176 "De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1474 de 2011, las entidades públicas podrán adelantar directa o indirectamente, actividades de divulgación de sus programas y políticas, para dar cumplimiento a la finalidad de la respectiva entidad en un marco de austeridad en el gasto y reducción real de costos, acorde con los criterios de efectividad, transparencia y objetividad".

177 "No se consideran actividades de divulgación de programas y políticas, ni publicidad oficial, aquellas que realicen las entidades públicas con la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia, la satisfacción del derecho a la información de los ciudadanos o el ejercicio de sus derechos, o aquellas que tiendan simplemente a brindar una información útil a la ciudadanía, como pueden ser entre otras: a) Las originadas en actividades o situaciones de riesgo, cuya difusión tiende a prevenir o disminuir la consumación de daños a la ciudadanía; b) Las notificaciones, comunicaciones o publicaciones legalmente dispuestas; c) La comunicación o publicación de los instrumentos y demás documentos que deba realizar, de acuerdo con el ordenamiento jurídico; d) La información de orden legal que sea de interés general para la ciudadanía".

*c) La comunicación o publicación de los instrumentos y demás documentos que deba realizar, de acuerdo con el ordenamiento jurídico;*

*d) La información de orden legal que sea de interés general para la ciudadanía".*

Aunque ni el artículo 10º de la Ley 1474 de 2011 ni el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 definen expresamente el término publicidad estatal, si evidencian que el Estado desarrolla diferentes actividades de divulgación, que no en todos los casos corresponden a publicidad oficial.

Dentro de este marco, bajo una interpretación sistemática de las señaladas disposiciones, la jurisprudencia y la doctrina, es posible concluir que las actividades de divulgación que adelantan los entes estatales para comunicarse con los ciudadanos pueden dividirse en: i) publicidad oficial y ii) publicidad legal-administrativa.

La publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. Por lo tanto, son publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer.

Este concepto es acorde con las necesidades de la administración pública moderna, que exige de los entes públicos el adelantamiento de acciones tendientes a visibilizar su existencia y su actividad ante la ciudadanía[178]. Lo anterior, teniendo en cuenta que la promoción de los órganos estatales contribuye a que estos: i) sean conocidos por los ciudadanos, ii) sean percibidos como instituciones confiables y competentes, iii) atraigan

178 Así por ejemplo, dentro de la nueva administración pública se ha desarrollado el concepto de marca pública, frente al cual la doctrina ha indicado: "The public brand is a relative newcomer to the public sphere. It is an expression of public marketing and an outcome of New Public Management (NPM). It is a lever that allows public organizations to get across their identity, assert their legitimacy and provide markers for the evaluation of their actions, but little research has been conducted into what it actually covers". (…) The public brand must create the trust necessary for the smooth operation of the institutions (Delgado-Ballester and Munuera-Aleman, 2005) and contribute to their transparency and visibility. It expresses a strategic intent (Urde, 1997) and an organizational intent (Urde, 1994). It is a strategic resource (Melin, 1997), a management tool for the organization (Urde, 1999) built on core values (Urde, 2003). (…) The public brand can be defined as 'an instrument with a managerial and communication dimension intended to give visibility to the organization, to carry its values, to support the transformation of the organization's link to the user and to facilitate internal mobilization and external rallying'". [La marca pública es un término relativamente reciente en la esfera pública. Es una expresión de marketing público y resultado de la Nueva Administración Pública (NAP). Es una palanca que permite a las organizaciones públicas explicar su identidad, reivindicar su legitimidad y proveer marcadores para la evaluación de sus acciones (…) La marca pública debe crear la confianza necesaria para la tranquila operación de las instituciones (Delgado-Ballester and Munuera-Aleman, 2005) y contribuir a su transparencia y visibilidad (…) La marca pública puede ser definida como un instrumento con una dimensión administrativa y de comunicación que busca dar visibilidad a la organización, transmitir sus valores, apoyar la transformación del vínculo de la organización con el usuario y facilitar la movilización interna y la mejora externa]. (traducción libre de la Sala). Corinne Rochette. The public brand between new practices and public values. International Review of Administrative Sciences. 2015, Vol. 81(2), pp. 326-328. "As a governance strategy, branding is a strategy for communication and image building among target groups. The ultimate goal is to build a brand that enables communication with citizens, facilitates a trusting relationship with citizens, and influences behavior such as voting (political branding) or visits to a city (city branding) in a desired direction". [Como estrategia de gobierno, el branding es una estrategia para la comunicación y la construcción de imagen entre grupos objetivo. La meta final es construir una marca que permita la comunicación con los ciudadanos, facilitar una relación de confianza con los ciudadanos e influir el comportamiento como el voto (branding político) o las visitas a una ciudad (branding de ciudad) en una dirección deseada]. (traducción libre de la Sala). René Karens, Jasper Eshuis, Erik-Hans Klijn, Joris Voets. The Impact of Public Branding: An Experimental Study on the Effects of Branding Policy on Citizen Trust. Public Administration Review. Vol. 76, No. 3, 2015, pp. 485-486.

personas expertas, idóneas y motivadas[179], iv) fortalezcan su legitimidad[180] y v) mejoren sus ingresos[181]. Adicionalmente, la publicidad, no solo hace posible que las personas conozcan los servicios, programas y resultados de los entes públicos, sino que además facilita el control ciudadano sobre el actuar de la administración.

El concepto de publicidad oficial aquí planteado se encuentra en consonancia con lo señalado por la Sala en el año 2003, si se entiende lo comercial no en un sentido restringido, es decir, relativo a actividades comerciales o lucrativas, sino desde una perspectiva más amplia, esto es, como promoción institucional.

El segundo tipo de publicidad que se deriva de lo dispuesto por la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 4326 de 2011 es el que la Sala denomina publicidad legal-administrativa[182], que hace referencia a las actividades de divulgación dirigidas a informar la ejecución de las funciones netamente administrativas y operativas del ente público, que obligatoriamente deben ser puestas en conocimiento de una o más personas, como serían, por ejemplo, la difusión de los procedimientos administrativos para que el ciudadano pueda enterarse de cómo proceder ante la administración y de las decisiones que se tomen producto de consultas, derechos de petición o de otras actuaciones necesarias para su operación.

De esta suerte, la publicidad legal-administrativa tiene como objetivo materializar las funciones asignadas a la entidad por la ley y enterar al ciudadano de la actividad y actuaciones administrativas y operativas propiamente dichas desplegadas en el ente público. Es a través de esta forma como se cumple el principio de publicidad consagrado en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011[183].

179 "In light of this, it is essential that a government agency be well known, liked and considered trustworthy and competent. If not, the agency runs the risk of having difficulty recruiting the necessary competence. Since the competition for talent is tough in today's labour market, it is important that the public sector be perceived as an attractive employer compared to the private sector. Successfully attracting knowledgeable and motivated personnel is a matter of survival for the public sector. Nowadays, the importance of a strong employer brand is considered essential for keeping competent personnel and attracting new employees". [A la luz de esto, es esencial que un ente gubernamental sea bien conocido, querido y considerado confiable y competente. Si no, la agencia corre el riesgo de tener dificultades para reclutar la idoneidad necesaria. Debido a que la competencia por talento es ardua en el mercado laboral actual, es importante que el sector público sea percibido como un empleador atractivo comparado con el sector privado. El éxito en atraer personal experto y motivado es un asunto de supervivencia para el sector público. Actualmente, la importancia de un marca fuerte de empleador es considerado esencial para mantener personal competente y atraer nuevos empleados]. (Traducción libre de la Sala). Johan Gromark y Frans Melin, from market orientation to brand orientation in the public sector. Journal of Marketing Management, 2013. Vol. 29, Nos. 9–10, p. 1112.

180 "Most government agencies already work intuitively to increase awareness and acceptance of their organisation's operations, conscious of the fact that their existence may ride on their legitimacy". [La mayoría de los entes públicos ya trabajan intuitivamente para incrementar el conocimiento y aceptación de sus operaciones, conscientes del hecho de que su existencia puede depender de su legitimidad]. (Traducción libre de la Sala). Ibídem, p. 1113.

181 "For competitive service providers, greater revenue generation is the primary reason for developing a strong brand". [Para proveedores de servicios competitivos, la generación de mayores ingresos es la razón principal para desarrollar una marca fuerte]. (traducción libre de la Sala). Ibídem, p. 1114.

182 Tratándose de la divulgación de la actividad administrativa propiamente dicha, la doctrina extranjera la clasifica en comunicación informativa y comunicación jurídica formal o administrativa, dependiendo del asunto divulgado: "La comunicación jurídica formal o administrativa se refiere a la información que debe ser notificada a los interesados de forma individual o colectiva porque afecta a sus derechos o intereses. En otras palabras, dan cumplimiento de un requisito exigido por ley para la validez o eficacia de lo comunicado. Un ejemplo de estas comunicaciones son las publicaciones de normas, actos administrativos o resoluciones judiciales (Salerno, 2003). De igual modo, todo ciudadano que esté interesado en obtener información general sobre la Administración Pública tiene derecho a que la administración le ofrezca esta información sobre un procedimiento o sobre actos o disposiciones que le afecten individualmente (García Inda, 2002). La comunicación informativa es aquella que tiene como propósito hacer saber a los ciudadanos el funcionamiento, la gestión o los procedimientos de servicios públicos en aras del principio de transparencia entre la Administración y el ciudadano, sin tener la intención de persuadirlo, como por ejemplo, la información de interés general que es ajena a la administración como la meteorología, el turismo o los espectáculos (Tornos & Galán, 2000)". Esther Martínez Pastor, Estado de la cuestión de la Publicidad Institucional en España (2006-2012). Poliantea, Vol. 11. No. 21. 2015, pp. 109-110.

183 "9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma". Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

Es en este sentido como deben entenderse las situaciones descritas por el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, especialmente cuando se refiere a aquellas actividades de divulgación que *"promuevan o faciliten el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia".*

Finalmente, es importante destacar que la publicidad oficial se encuentra íntimamente ligada con la libertad de expresión, pues a través de ella dicha libertad puede restringirse o violentarse. En esa perspectiva específica es fácil entender el que se use una definición amplísima: "*toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos*". Al respecto de los riesgos de restricciones indebidas en este dominio, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en el año 2010:

> *"Existen distintas formas de afectar ilegítimamente la libertad de expresión, desde el extremo de su supresión radical mediante actos de censura previa hasta mecanismos menos evidentes, más sutiles y sofisticados. El artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere, específicamente, a estos mecanismos indirectos que tienden a "impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". En efecto, dicho artículo establece:*
>
> *"No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones"*[184].

### c. El parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991

El parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 establece la obligación para los organismos descentralizados de transferir un porcentaje de los recursos de sus presupuestos publicitarios anuales a Inravisión, hoy RTVC, y a las organizaciones regionales de televisión:

184 Unesco, Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: Situación regional en América Latina y el Caribe. Unesco, 2014, p. 15. El texto aludido extiende sus consideraciones en los siguientes términos: 2. Los mecanismos indirectos de restricción se ocultan detrás de acciones aparentemente legítimas que, sin embargo, son adelantadas con el propósito de condicionar el ejercicio de la libertad de expresión de los individuos. Cuando eso sucede, se configura una violación del artículo 13.3 de la Convención. Como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la "Corte Interamericana" o "Corte"), resulta violatorio de la libertad de expresión "todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención". 3. Los mecanismos de censura "indirecta" prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención Americana fueron objeto de atención por parte de distintos órganos del sistema interamericano. Interpretando el artículo 13.3 citado, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH"), establece en su principio 5 que "[l]a censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión". Y en su principio 13 indica que "la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar, o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley". (…) La distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial fue uno de los primeros mecanismos de censura indirecta abordados por el sistema interamericano. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual 2003 dedicó un capítulo especial a estudiar el fenómeno y concluyó que "la obstrucción indirecta a través de la publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión". (…) En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa". Unesco, Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: Situación regional en América Latina y el Caribe. Unesco, 2014, p. 15.

*"El diez por ciento (10%) de los presupuestos publicitarios anuales de los organismos descentralizados se destinará, para los fines del presente artículo, distribuidos en la siguiente forma: el siete por ciento (7%) para el auspicio, colaboración o patrocinio de la cadena tres o canal cultural de Inravisión, y el tres por ciento (3%) para distribuirlo equitativamente entre las organizaciones regionales de televisión con destino a su programación cultural. Para efectos del presente artículo se entiende por organismos descentralizados los definidos en el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1982 de 1974 o normas que lo reformen o adicionen. Estos organismos deberán dar estricto cumplimiento a lo aquí dispuesto en la ejecución de sus presupuestos publicitarios".*

En el año 2003, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló respecto al referido artículo:

*"La obligación aquí analizada consiste en que i) los organismos descentralizados a que hace referencia la norma, ii) deben destinar el 10% de sus presupuestos publicitarios anuales, así: iii) para INRAVISIÓN, un 7% orientado a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales públicos, y iv) para las organizaciones regionales de televisión, un 3%, con destino exclusivo a sus programas culturales.*

*Finalizando el análisis y para resolver el interrogante sobre la naturaleza de la obligación bajo estudio, se observa que en realidad, lo que el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 ordena o crea, es una transferencia de recursos presupuestales de unas entidades descentralizadas, a favor de otros entes estatales. En efecto, lo que allí se indica es que los organismos descentralizados deben destinar el 10% de sus presupuestos publicitarios anuales para Inravisión y para la organizaciones regionales de televisión; es decir, que por la simple voluntad del legislador debe trasladarse ese porcentaje a las mencionadas instituciones para los fines que el mismo legislador señaló, lo cual es jurídicamente viable y no tiene connotación tributaria alguna. Como se sabe, la transferencia es una figura del derecho presupuestal y la hacienda pública, que aparece tanto en la Constitución Nacional como en la ley orgánica de presupuesto y en las leyes anuales de apropiaciones. Ella está definida en las disposiciones generales del presupuesto, como aquellos "recursos que transfieren los órganos a entidades nacionales o internacionales, públicas o privadas, con fundamento en un mandato legal"*[185].

Es importante destacar que el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 estableció una nueva destinación para los recursos derivados del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues determinó que estos debían dirigirse a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público[186].

En lo que respecta a los sujetos obligados a cumplir con la obligación del parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, la Sala ya se ha pronunciado. Así, en el año 2002 estableció:

185 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2003. Radicación número: 1525.

186 "Los ingresos percibidos por Inravisión de conformidad con el artículo 21 de la Ley 14 de 1991, se destinarán a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público".

*"El decreto legislativo 1982 de 1974, sobre normas de gasto público en los organismos descentralizados, precisó las entidades que conforman dichos organismos así:*

*Artículo primero. Cuando en el presente decreto se utilice la expresión "organismos descentralizados", ella se refiere a los establecimientos públicos, a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de economía mixta. A estas últimas, cuando, conforme a las disposiciones vigentes, están sujetas al régimen previsto para las empresas".*

*En consecuencia, corresponde a los establecimientos públicos, a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de economía mixta con régimen de empresas (capital igual o superior al noventa por ciento, según el parágrafo del artículo 97 de la ley 489 de 14998) (sic), destinar el diez por ciento de sus presupuestos publicitarios anuales a los fines consagrados en el parágrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991"*[187].

Por su parte, en el año 2003 indicó:

*"Si bien inicialmente el parágrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991, al momento de establecer la obligación de destinar el 10 % de los presupuestos publicitarios, se refiere en general a los "organismos descentralizados" como entidades destinatarias de tal disposición, posteriormente precisa que* ***"para los efectos del presente artículo se entiende por organismos descentralizados los definidos en el artículo 1° del decreto legislativo 1982 de 1974 o normas que lo reformen o adicionen",*** *determinando así el alcance de la preceptiva, mediante el empleo del instrumento legislativo de la remisión. De este modo, corresponde entonces, revisar el contenido de dicho decreto para integrar el régimen normativo aplicable.*

*En efecto, el Gobierno nacional, en ejercicio de las atribuciones que el artículo 122 de la Constitución Política anterior confería al Presidente de la República, bajo el estado de emergencia económica, expidió el decreto legislativo 1982 de 1974, "Por el cual se dictan normas sobre gasto público en los* ***organismos descentralizados del orden nacional",*** *(destaca la Sala). El epígrafe de la norma, como se observa, define y ubica dentro de la estructura de la rama ejecutiva, con especificidad suficiente, el conjunto de entidades administrativas a las cuales va dirigida esa normativa y permite, prima faciae (sic), conceptuar que los organismos descentralizados del orden territorial no están obligados a realizar la transferencia de recursos presupuestales señalada en el parágrafo bajo examen. La razón es que el legislador excepcional los excluyó tácitamente de su ámbito de aplicación, al señalar que esta regulación sobre el gasto público se dirige a los "organismos descentralizados del orden nacional" y no a otros.*

187 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de diciembre de 2002. Radicación número: 1460. En la misma decisión la Sala indicó: "Por ello, la sala considera que la norma objeto de análisis ha de interpretarse en el sentido de que la transferencia del diez por ciento, a que ella alude, es sobre el presupuesto ejecutado y no sobre el aprobado. De ahí que en la misma disposición el legislador haya precisado "Estos organismos deberán dar estricto cumplimiento a lo aquí dispuesto en la ejecución de sus presupuestos publicitarios". (Negrillas de la Sala).
Como la ejecución del presupuesto se hace con base en la disponibilidad respectiva, la transferencia debe efectuarse periódicamente a medida que se afecten las partidas de publicidad correspondientes".

*Es bueno advertir adicionalmente que si bien, conforme al parágrafo del artículo 2° de la ley 489 de 1998, las disposiciones legales correspondientes a las características y régimen de las entidades descentralizadas se aplican, en lo pertinente, a las entidades descentralizadas territoriales, ello no es suficiente para extender los alcances de la norma especial contenida en el decreto legislativo 1982 de 1974, pues es claro que ella está restringida a los organismos del orden nacional.*

*Establecido lo anterior, se analiza ahora cuáles son esos organismos descentralizados del orden nacional.*

*El artículo 1° del mencionado decreto legislativo 1982 de 1974, estatuye:*

*"Cuando en el presente decreto se utilice la expresión "organismos descentralizados", ella se refiere a los establecimientos públicos, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. A estas últimas cuando, conforme a las disposiciones vigentes, estén sujetas al régimen previsto para las empresas".*

*Esta disposición está en perfecta consonancia con las definiciones legales de la reforma administrativa de 1968, en especial de los decretos extraordinarios 1050 y 3130 de aquel año. Es así como el artículo 1º del decreto 3130 estableció:*

*Artículo 1º.- "De las entidades descentralizadas. Los institutos y empresas oficiales a que se refiere la ley 65 de 1967 son, conforme al decreto extraordinario 1050 de 1968, de tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta. Las expresiones instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, empleadas para designar personas jurídicas del orden nacional, equivalen, igualmente, a esas tres categorías jurídicas, las cuales se designarán con el nombre genérico de "entidades descentralizadas".*

*Sobre este punto, observa la Sala que los decretos 1050 y 3130 de 1968, así como el 130 de 1976, que contenían la estructura de la rama ejecutiva, fueron derogados expresamente por el artículo 121 de la ley 489 de 1998. A partir de la vigencia de esa ley, la tipología de los organismos descentralizados se modificó para dar cabida a nuevos entes de naturalezas jurídicas desconocidas para el derecho administrativo contenido en la reforma de 1.968. Es así como en la estructura actual de la rama ejecutiva ya no son descentralizados solamente los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, figuras que mantuvo la nueva estructura, sino todos los que aparecen relacionados en el artículo 38.2 de la citada Ley 489.*

*Debe entenderse entonces, que la ley 489 de 1998, al regular* ***de manera integral*** *la organización estructural de la administración pública y concretamente, al ampliar la clasificación de las entidades descentralizadas,* ***adicionó el artículo 1° del decreto legislativo 1982 de 1974, con las nuevas entidades,*** *toda vez que el parágrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991, estatuye que "..se entiende por organismos*

*descentralizados los definidos en el artículo 1º del decreto legislativo 1982 de 1974 o normas que lo reformen o adicionen".*

*En conclusión, las tres clases de entidades descentralizadas señaladas por el artículo 1° del nombrado decreto legislativo, que en este punto seguía la regulación vigente del decreto ley 3130 de 1968,* ***fueron complementadas por la ley 489 de 1998****, que al derogar éste, simultáneamente* ***las reincorporó a la estructura y estableció unas nuevas, con la misma calificación legal, las cuales hacen parte, en consecuencia, del campo de aplicación de la transferencia en mención.***

*Por último, se precisa que l****as sociedades de economía mixta obligadas a hacer la transferencia son solamente aquellas del orden nacional en que el Estado posea el 90% o más de su capital social, de acuerdo con el artículo 1º del decreto 1982 de 1974 y el parágrafo 1º del artículo 38 de la ley 489 de 1998"*** *(subrayado y negrilla fuera del texto)*[188].

Del concepto anterior puede resumirse lo siguiente:

i) El Decreto Legislativo 1982 de 1974 regula el gasto público de los organismos descentralizados del orden nacional; por lo tanto no se encuentran dentro del ámbito del parágrafo estudiado los correspondientes al orden territorial.

ii) La Ley 489 de 1998, al regular de manera integral la estructura de la administración pública, adicionó el artículo 1º del Decreto Legislativo 1982 de 1974.

iii) Los organismos descentralizados del orden nacional que están sometidos a la obligación del artículo 10º son aquellos enlistados en el artículo 38.2 de la Ley 489 de 1998[189], la cual establece:

> *"La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*
>
> *(…)*
>
> *2. Del Sector descentralizado por servicios:*
>
> *a) Los establecimientos públicos;*
>
> *b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;*
>
> *c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;*

188 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2003. Radicación número: 1525.

189 "Los organismos descentralizados del orden territorial, no están obligados a realizar la transferencia prevista en el parágrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991. Los obligados a ello son los organismos del orden nacional que aparecen en el artículo 38.2 de la ley 489 de 1998, sector descentralizado por servicios". Ibídem.

*d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;*

*e) Los institutos científicos y tecnológicos;*

*f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;*

*g) 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".*

iv) Finalmente, las sociedades de economía mixta sometidas a la transferencia del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 son únicamente aquellas que pertenecen al orden nacional y el Estado es titular del 90% o más de su capital social, en virtud de lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1982 de 1974[190] y el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998[191].

En suma, de acuerdo con el precedente de la Sala, los sujetos obligados a realizar la transferencia de recursos a la RTVC son las entidades nacionales señaladas en el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, en el caso de las sociedades de economía mixta, solamente lo serán las asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo establece el artículo 1º del Decreto 1982 de 1974.

Encuentra la Sala razonable que respecto a las sociedades de economía mixta, únicamente estén obligadas a realizar la correspondiente transferencia a la RTVC y a las organizaciones regionales de televisión aquellas que sean asimilables a una empresa industrial y comercial del Estado, toda vez que esa fue la intención del legislador al momento de establecer la obligación.

En efecto, la Ley 14 de 1991 señaló expresamente que los sujetos obligados serían los organismos descentralizados establecidos en el Decreto Legislativo 1982 de 1974, norma que consideró que una sociedad de economía mixta era un organismo descentralizado solamente cuando, conforme a las disposiciones vigentes, se encontrara sujeta al régimen previsto para las referidas empresas; es decir, el espíritu de la ley era dejar por fuera a aquellas sociedades que no cumplieran con esa regla.

En línea con lo anterior, si la obligación del parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 se impusiera sin distinguir entre sociedades de economía mixta asimilables a las empresas industriales y comerciales del Estado y las que no lo son, en principio toda sociedad de economía mixta quedaría obligada a realizar la transferencia, a pesar de que la intención del legislador fue limitar la obligación a aquellas sociedades en las que el capital estatal fuera superior al 90%.

190 "Cuando en el presente Decreto se utilice la expresión "organismos descentralizados", ella se refiere a los establecimientos públicos, a las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. A estas últimas, cuando, conforme a las disposiciones vigentes, están sujetas al régimen previsto para las empresas".

191 "Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

Circunscribir la obligación del parágrafo 1º del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 a las sociedades de economía mixta que se asimilen a una empresa industrial y comercial del Estado es coherente y válido, pues se trata de una transferencia de recursos públicos que deben realizar los organismos descentralizados en favor del ente estatal (RTVC), para beneficio de la televisión pública, servicio que principalmente debe ser financiado por el Estado.

Finalmente, es importante destacar que no es el adelantamiento de actividades comerciales propiamente dichas lo que determina para el órgano público la calidad de sujeto obligado a realizar la transferencia establecida en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, sino el carácter de organismo descentralizado, determinado en los términos del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, y además, se reitera, el que se trate de actividades dirigidas a promocionar a la entidad y que no correspondan a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011.

### d. El caso concreto

Frente a la publicidad oficial y la obligación del parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es posible señalar lo siguiente:

1) La transferencia ordenada por el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es una de las fuentes de ingresos con las que cuenta la RTVC, tal como lo constituyen también, entre otros[192], los recursos provenientes del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) establecido por el artículo 16 de la Ley 1507 de 2012[193].

2) Tal como se señaló, la publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. De esta forma, corresponden a publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer.

192 "Créase el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos como una cuenta especial a cargo de la ANTV.
El objeto del Fondo es el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, la financiación de programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro además de financiar el funcionamiento de la ANTV".

193 "RTVC tiene por fuentes de financiación transferencias de la ANTV para el funcionamiento y para la operación que incluyen la administración, operación y mantenimiento de la Red pública de Televisión, el segmento satelital y la programación del canal Señal Colombia educativo y cultural. También se reciben transferencias de la ANTV para proyectos de inversión para el canal Señal Institucional, para cubrir las necesidades de comunicación de la Presidencia de la Republica, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Defensa Nacional, y el Congreso de la Republica. Asimismo, se reciben aportes o transferencias del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC), destinados a la producción y programación de la radio pública nacional a través de las emisoras Señal Radio Colombia y Señal Radiónica y para el fortalecimiento de la red de radio. Otra fuente de ingresos con destinación específica son los aportes ordenados por la Ley 14 de 1991, provenientes de las entidades públicas descentralizadas, equivalentes al 7% de los presupuestos de publicidad ejecutados en la vigencia anterior, los cuales deben ser utilizados en la programación del canal Señal Colombia Educativa y Cultural. RTVC a su vez genera recursos propios por la venta de sus servicios, de producción y emisión de programación de televisión a las diferentes entidades del Estado, servicios de alojamiento en la red pública de Radio y Televisión, alquiler de estudios de TV, coproducciones y eventos". RTVC. Informe de Gestión 2015, pp. 68-69.

Ahora bien, es importante señalar que las actividades de divulgación que realizan los órganos estatales corresponden en principio o por regla general a publicidad oficial. Por lo tanto, la determinación de una actividad de divulgación como publicidad legal-administrativa debe hacerse de forma excepcional o restrictiva, lo que significa que únicamente puede calificarse como publicidad de este tipo la actividad que responda de forma clara y precisa a alguno de los casos señalados en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, disposición reproducida en el artículo 2.8.4.5.2. del Decreto Único 1068 de 2015. En este sentido, aún el literal d) de dicho artículo[194] debe ser interpretado en forma restrictiva, y de ninguna manera admite una hermenéutica laxa.

3) En virtud de la clasificación de las actividades de divulgación en publicidad oficial y publicidad legal-administrativa, es claro que no todas las actividades de divulgación del organismo público hacen parte del presupuesto publicitario, y por tanto no todas ellas pueden tomarse en cuenta para liquidar el porcentaje a transferir a la RTVC y a las organizaciones regionales de televisión. Así, el presupuesto publicitario al que se refiere el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es el conformado por las partidas que los correspondientes sujetos obligados por la norma destinan anualmente a la publicidad oficial.

4) No es de recibo para la Sala la inquietud de que el Decreto 4326 de 2011 fue más allá de lo contenido en la Ley 1474 de 2011, pues en primer lugar, el artículo 1º reproduce lo dispuesto por los incisos 1º y 2º del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, y en segundo lugar, lo que se buscó a través del Decreto fue clarificar y delimitar lo que debe entenderse por publicidad oficial, aspecto que no fue objeto de definición por parte de la Ley 1474 de 2011 y que resulta fundamental para su correcta aplicación.

5) Aunque a la luz de los artículos 10º de la Ley 1474 de 2011 y 2º del Decreto 4326 de 2011 la publicidad oficial involucra a las entidades públicas y a las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial, la obligación consagrada en el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 se encuentra a cargo de los organismos descentralizados definidos en los artículos 1º del Decreto Legislativo 1982 de 1974 y 38.2 de la Ley 489 de 1998.

   Bajo esta consideración, corresponde a la Sala establecer si Fogafín, Findeter y Bancoldex S.A están obligadas a realizar la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, asunto que se pasa a analizar a continuación.

*a) Fogafín*

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafín – fue creado a través de la Ley 117 de 1985[195]. De acuerdo con lo establecido por el artículo 316 del Estatuto Orgánico

194 "d) La información de orden legal que sea de interés general para la ciudadanía".

195 "Por el cual se aprueba la reforma de los estatutos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras". En esta dirección señala el artículo 1º: "Creación. Créase el "Fondo de Garantías de Instituciones Financieras" como persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometida a la vigilancia del Superintendente Bancario, el cual funcionará anexo al Banco de la República, mediante contrato celebrado

del Sistema Financiero y el Decreto 1596 de 2016[196], su naturaleza jurídica corresponde al de una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única[197].

Con todo, esta Corporación ha sostenido que Fogafín, en consideración a sus características, es un establecimiento público:

*"1. Naturaleza jurídica del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.*

*a) En el proyecto original presentado por el Ejecutivo al Congreso se propuso la constitución del Fondo como una sociedad por acciones, de naturaleza única, regido por las normas de la ley que la crea y por las pertinentes del derecho privado; todo con la finalidad de dotar a tal sociedad de una capacidad para realizar actividades comerciales y bancaria con una mayor eficiencia.*

*Posteriormente, en el transcurso de las deliberaciones en el Congreso, se modificó el criterio inicial y se le asignó al Fondo el carácter de "persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única" (art, 1º ley 117 de 1985) (subraya la Sala).*

*Se aprecia entonces que la voluntad del legislador, no consistió en crear una entidad de derecho privado, sino de naturaleza única sometida al régimen del derecho público.*

*b) Por otra parte, es bien sabido que conforme a la manera como está organizada la administración pública, existen tres tipos de entidades descentralizadas, con características propias, cuales son: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.*

*Según prescripciones de la Constitución de 1886, la competencia para determinar la estructura de la administración y la consiguiente creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos le estaba asignada al Congreso por iniciativa del Gobierno (arts. 79 inc. 2º y 76 num. 9º).*

*En la actualidad y de conformidad con el artículo 210 de la Constitución vigente, la creación de las entidades descentralizadas del orden nacional, corresponde a la ley.*

*c) De lo anterior, se infiere que para determinar la naturaleza jurídica del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, es menester remitirse, en primer término, a la ley que lo creó, la cual, en su artículo 1º considera a tal Fondo como una "persona jurídica autónoma regida por el derecho público y de naturaleza única", razón por la cual posee capacidad jurídica autónoma para actuar.*

---

entre éste y el Gobierno Nacional, en términos similares al que existe para Proexpo, con contabilidades separadas y durante un plazo máximo de cinco años.
Parágrafo Las operaciones del Fondo se regirán únicamente por esta Ley y por las normas de derecho privado".

196 "Por el cual se aprueba la reforma de los estatutos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras". Así se establece: "Origen y naturaleza. Según lo establecido en el artículo 316 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en adelante Fogafín, creado por la Ley 117 de 1985 como persona jurídica autónoma de derecho público y naturaleza única, es una autoridad especial de intervención del Sistema Financiero adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público". Artículo 1º de los Estatutos de Fogafín.

197 "El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, creado por el artículo 1º de la Ley 117 de 1985, es una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria". Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 16 de febrero de 1995, C-053/95.

*Con el carácter de autónoma, que se le asigna al Fondo se quiere significar que goza de independencia administrativa y técnica, todo con la finalidad de lograr la eficiente prestación del servicio que le ha sido asignada por los estatutos.*

*Ahora bien, los recursos que maneja el Fondo están afectados a la prestación de un servicio público: la regulación y fomento de la economía a través del fortalecimiento de las instituciones financieras. Los recursos que integran el patrimonio se encuentran señalados en el artículo 4 de la Ley 117 de 1985, entre otros: a) El producto de los créditos que le otorgue el Banco de la República; b) El producto de la suscripción, por parte de las instituciones financieras, de bonos emitidos por el Fondo; c) El producto de los derechos de inscripción de las entidades financieras; d) El producto de los préstamos internos y externos; e) Los aportes del presupuesto nacional; f) Los beneficios y rendimientos que generen sus operaciones, y g) Los demás que obtenga a cualquier título, con autorización de la Junta Directiva.*

*De lo anterior se concluye entonces que el Fondo reúne los tres elementos, propios de los establecimientos públicos, motivo por el cual es forzoso concluir que participa de la naturaleza de estos organismos del Estado.*

*(…)*

*Con fundamento en lo expresado y en consonancia con la sentencia transcrita la Sala considera que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ostenta la naturaleza jurídica de "establecimiento público"*[198]*.*

198 Adicionalmente, en el mismo concepto se indicó: "d) La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de junio de 1987 sostuvo en relación con el tema de cuyo estudio se ocupa la Sala: "... En la práctica a veces ocurre que el legislador, al dar origen a nuevos organismos de la administración, los distingue con nombres diferentes a los utilizados por la Constitución. En tales casos su identidad no depende de las denominaciones con que se les llame, sino de la identificación de los elementos constitutivos atinentes a la naturaleza jurídica, los objetivos, las funciones, el grado de autonomía, la personería, el patrimonio, y demás aspectos propios de cada tipo de entidad. "El decreto 1050 de 1968 precisamente hace la especificación de tales elementos, por ejemplo cuando se refiere a los establecimientos públicos (art. 5º) de los cuales dice que deben tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, 'et sic de caeteris'. "Por manera que en los casos a que se hace referencia, las dudas que surjan acerca de la índole de una dependencia o entidad administrativa deben resolverse mediante la confrontación de sus elementos constitutivos con los propios de cada tipo de organismo, a la luz de los preceptos constitucionales y las normas legales que los desarrollan. "Un organismo llamado con nombre distinto a los que en éstos se utiliza, bien puede ser establecimiento público, verbi gratia, como lo son la mayoría de los denominados institutos, y hasta ciertas universidades. "Lo que importa verdaderamente al interés constitucional es que todo organismo de la administración pública corresponda al esquema de ella trazado por el constituyente, a fin de evitar que se creen y organicen cuerpos extraños, con detrimento de la unidad orgánica y técnica en el ente administrativo general que la Carta contempla. "Justamente la necesidad sentida de que el Estado pudiera tener para determinados fines corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales o comerciales requirió de toda una reforma constitucional, porque el anterior esquema estructural de la administración. - tal como la Carta lo tenía establecido - , no le permitía al legislador crear estas clases de organismos…". "En efecto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras fue creado por el legislador como una entidad autónoma de derecho público y su objeto principal es el de atender funciones administrativas tal como lo señale el art. 2º de la ley 117 de 1985. "Conforme al criterio expuesto, la Corte estima que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es una persona jurídica de derecho público, que por voluntad soberana del legislador ostenta especiales características administrativas, funcionales y patrimoniales. Empero, la denominación y el particular régimen aplicables acogidos por el legislador no pueden tener la virtualidad de ocultar su real naturaleza jurídica y su ubicación en el contexto de la organización administrativa, y mucho menos significar la inaplicabilidad de los preceptos constitucionales pertinentes en razón de las reales características asignadas por la ley de creación. "Evidentemente, el conjunto de las características propias señaladas en la ley 117 de 1985, imponen concluir que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras corresponde en sus elementos a las entidades que la ley, en desarrollo de las previsiones constitucionales, califica como "establecimientos públicos" y por ello en cuanto dice tener relación con el examen de su constitucionalidad, deben conformarse a las precisas facultades y condicionamientos que en esa materia consagra la Carta" (Revista Foro Colombiano No. 218. agosto de 1987)". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de junio de 1994. Radicación número: 613. Adicionalmente, en otra oportunidad la Sala Plena del Consejo de Estado señaló: "El Fondo de Garantías de Instituciones Financiera fue creado por la ley 117 de 1985 como una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única del orden nacional, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cuyo objeto general es la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras (art. 316, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de junio de 1987 calificó al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras como un establecimiento público, no obstante que el parágrafo del artículo primero de la ley 117 de 1985 había señalado que las operaciones del Fondo se regirían por ese estatuto y por las normas de derecho privado. (…) En síntesis, el Fondo es una entidad

En lo que respecta a la determinación del ordenamiento jurídico que le es aplicable, debe acudirse a lo dispuesto por el Decreto 1596 de 2016, a través del cual se aprobaron los nuevos estatutos del Fondo. En esta dirección el artículo 4º señala:

> *"Régimen jurídico. El régimen jurídico de Fogafín y el de sus operaciones, actos y contratos se establece en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Capítulo I de la parte decimotercera, Capítulos XX y XXI de la parte tercera y Capítulos I, II y III de la parte undécima), en las normas que lo reglamenten, en las normas del derecho privado, en los presentes estatutos, en los reglamentos que expida su Junta Directiva y en los manuales internos. Así mismo, aplican los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.*
>
> *Fogafín debe aplicar el régimen presupuestal propio de su naturaleza única y, además, en asuntos contractuales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*
>
> *En desarrollo de las funciones que la ley establece a cargo de Fogafín, la entidad se encuentra sujeta a lo dispuesto por las normas especiales de procedimiento previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.*
>
> *Por su naturaleza única, a Fogafín no le es aplicable el régimen legal de las entidades del sector público del orden nacional"*[199].

Por lo tanto, con fundamento en las normas y antecedentes jurisprudenciales citados, a juicio de la Sala Fogafín no está obligada a realizar la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues a pesar de que se trata de un establecimiento público, categoría que se encuentra enlistada dentro de los organismos descentralizados del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, de acuerdo con el Decreto 1596 de 2016 no se le aplican las normas de las entidades del sector público del orden nacional.

*b) Findeter y Bancoldex S.A.*

El artículo 1º del Decreto 4167 de 2011 determina la naturaleza jurídica de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. (Findeter) indicando que corresponde a una sociedad de

---

estatal a través de la cual el Estado ejerce funciones de intervención sobre el sector financiero y en particular, sobre las entidades encargadas del manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (art. 335 C.P.)". Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de octubre de 1999. Radicación número: CA- 038.

199 Los estatutos anteriores del Fogafín establecían: "La organización y funcionamiento del Fondo, su régimen jurídico interno y externo y el de sus operaciones, actos y contratos está constituido por las disposiciones contenidas en los títulos III y IV de la parte octava del libro primero y en la parte segunda del libro cuarto del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las normas que las reglamenten, los presentes estatutos, los reglamentos internos que expida su Junta Directiva y por las normas del derecho privado.
Las actuaciones administrativas del Fondo se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 80 del Código Contencioso Administrativo y normas concordantes.
Por su naturaleza única al Fondo no le es aplicable el régimen de las entidades del sector público del orden nacional". Decreto 2757 de 1991, artículo 3º.

economía mixta del orden nacional de tipo anónima[200]. Su capital es público y la Nación tiene una participación mayor al 90%[201].

El artículo 6º del mismo decreto determina lo referente al régimen jurídico que le resulta aplicable a la entidad. Así, dispone la norma:

> *"Régimen legal. El régimen de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter) es el de derecho privado; en todo caso, se someterá al régimen propio de las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado, independientemente de la participación del capital público en su patrimonio".*

Como puede observarse, Findeter se encuentra sometido al derecho privado y al régimen que corresponde a las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De otra parte, el Banco de Comercio Exterior – Bancoldex S.A., fue creado a través del artículo 21 de la Ley 7ª de 1991[202]. De acuerdo con el artículo 279 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 58 de la Ley 795 de 2003, esta entidad es una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, vinculada al Ministerio de Comercio Exterior[203].

Su capital se encuentra dividido de la siguiente manera: i) un 91.9% pertenece al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ii) un 7.9% corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y iii) un 0.2 % a otros accionistas.

En lo que respecta al régimen que le resulta aplicable al Banco, el referido artículo 279 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero determina que este será el relativo al de las sociedades de economía mixta no asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado, sin importar la participación del capital estatal en su patrimonio[204]. Asimismo, se establece que el Banco se regirá por la Ley 7 de 1991, el Decreto 2505 de 1991, el Esta-

200 "Modifícase la naturaleza jurídica de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter), definida en la Ley 57 de 1989, como sociedad por acciones y transfórmese en una sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo de las anónimas, organizada como un establecimiento de crédito, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia". Artículo 1º. Por su parte la Corte Constitucional indicó: "El cambio en la naturaleza jurídica de Findeter S.A. obedeció a varios factores, entre ellos a lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 (Ley 1450 de 2011), ya que en él se estableció la posibilidad de canalizar recursos para la financiación de estudios de identificación, preinversión y estructuración de proyectos de carácter estratégico. (…) Como se observa, según este precepto los recursos podrán ser canalizados a través de entidades públicas financieras del orden nacional, como lo es Findeter S.A., siempre y cuando goce de una reconocida capacidad técnica, administrativa y operativa; la norma faculta a estas entidades para gestionar recursos públicos o privados para desarrollar sus operaciones financieras de fomento. Atendiendo al Plan Nacional de Desarrollo el Ejecutivo se propuso dotar a Findeter S.A. de una capacidad técnica y operativa apta para estructurar los proyectos convenientes al desarrollo del país. 6.2. Dentro de este proyecto resultaba conveniente modificar la naturaleza jurídica de Findeter S.A. para convertirla en una sociedad anónima de economía mixta, dotándola de órganos de administración que incorporaran sistemas de gobierno modernos, desarrollaran nuevos productos y servicios, mejoraran la presencia en el mercado, consolidaran su actuación como un instrumento eficaz de política pública y garantizaran mecanismos ágiles para la escogencia del personal técnico requerido". Corte Constitucional. Sentencia del 6 de febrero de 2013, C-053/13.

201 "Findeter es una entidad financiera de redescuento, donde su capital es público y se integra con participación de la Nación en un 92.53%, los departamentos con el 7.47% (no son accionistas Cauca y Arauca), Bolívar con el 0.24%, los demás departamentos participan con el 0.25%, Norte de Santander cedió sus acciones a Infinorte". http://www.findeter.gov.co/loader.php?lServicio=FAQ&lFuncion=viewPreguntas&id=20#a3.

202 "Créase el Banco de Comercio Exterior como una institución financiera vinculada al Ministerio de Comercio Exterior, a la cual corresponderá ejercer las funciones de promoción de las exportaciones. La promoción será desarrollada, entre otros instrumentos, a través de las agregadurías comerciales en el exterior las cuales dependerán de las embajadas colombianas".

203 "El Banco de Comercio Exterior, creado por el artículo 21 de la Ley 7a. de 1991, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, vinculada al Ministerio de Comercio Exterior".

204 "El Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. (Bancoldex), continuará sometiéndose exclusivamente al régimen propio de las sociedades de economía mixta no asimilado al de las empresas industriales y comerciales del Estado, independientemente de la participación del capital público en su patrimonio".

tuto Orgánico del Sistema Financiero, las normas relativas a las sociedades de economía mixta, el Código de Comercio, las demás normas complementarias y concordantes, y sus estatutos[205].

De acuerdo con lo anterior, se advierte que tanto a Findeter como a Bancoldex S.A., a pesar de que su capital pertenece en más de un 90% al Estado, le es aplicable el régimen de las sociedades de economía mixta no asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por lo tanto, estima la Sala que Findeter y Bancoldex S.A. no están obligadas a realizar la transferencia establecida en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues al no estar sometidas por disposición legal al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, a la luz del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974, y para los efectos de la referida obligación, no se consideran entidades descentralizadas.

Finalmente, la Sala llama la atención sobre la necesidad de revisar las normas que regulan la financiación de la RTVC. La importante actividad a cargo de esta entidad reclama que exista un marco regulatorio que: i) esté acorde con las dinámicas actuales de la entidad y la administración pública, ii) le brinde seguridad y autonomía sobre los recursos requeridos para el desarrollo de su actividad, y iii) disuelva o elimine las ambigüedades que generan conflictos interpretativos entre las entidades públicas obligadas al actual sistema de transferencia.

## La Sala responde:

1. *A partir de la normatividad antes descrita, resulta importante definir qué debe entenderse por publicidad pública y su alcance para efectos de la aplicación a la RTVC.*

De la interpretación sistemática del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, la jurisprudencia y la doctrina, es posible concluir que las actividades de divulgación que adelantan los entes estatales para comunicarse con los ciudadanos pueden dividirse en: i) publicidad oficial y ii) publicidad legal-administrativa.

La publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. Por lo tanto, son publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad misma y su quehacer.

205 "El Banco se regirá por la Ley 7 de 1991, por el Decreto 2505 de 1991, por este Estatuto, por las normas relativas a las sociedades de economía mixta, por el Código de Comercio, por las demás normas complementarias y concordantes, y por sus estatutos, en cuanto tales decretos, normas y estatutos no se opongan a lo que en la Ley 7 de 1991 y en el Decreto 2505 de 1991 se dispone.
Teniendo en cuenta que los artículos 20, 21 y 22 de la Ley 7 de 1991 ordenaron la creación del Banco de Comercio Exterior y la asunción por parte suya de todos los derechos y obligaciones del Fondo de Promoción de Exportaciones, no se requerirá autorización alguna de las autoridades administrativas para realizar esa conversión, aprobar avalúo de aportes, o comenzar a ejercer su objeto, sin perjuicio de la aprobación de los estatutos a la que se refiere el numeral 11 del artículo 280 de este Estatuto". Ibídem.

Por su parte, las actividades relativas a la publicidad legal-administrativa corresponden justamente a las establecidas en el referido artículo 2º. Así, esta segunda clase de actividades de divulgación está conformada por aquellas dirigidas a informar la ejecución de las funciones netamente administrativas u operativas de la entidad pública, que obligatoriamente deben ser puestas en conocimiento de una o más personas, como serían, por ejemplo, la difusión de los procedimientos administrativos para que el ciudadano pueda enterarse de cómo proceder ante ella y de las decisiones que se tomen producto de consultas, derechos de petición o de otras actuaciones necesarias para su operación. De esta suerte, la publicidad legal-administrativa tiene como objetivo materializar las funciones asignadas al órgano público por medio de la ley y enterar al ciudadano de la actividad y actuaciones administrativas y operativas propiamente dichas desplegadas en la entidad.

En virtud de la clasificación de las actividades de divulgación en publicidad oficial y publicidad legal-administrativa, es claro que no todas las actividades de divulgación del organismo público hacen parte del presupuesto publicitario, y por tanto no todas ellas pueden tomarse en cuenta para liquidar el porcentaje a transferir a la RTVC y a las organizaciones regionales de televisión. Así, el presupuesto publicitario al que se refiere el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es el conformado por las partidas que los correspondientes sujetos obligados por la norma destinan anualmente a la publicidad oficial.

2. *¿El Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015, que restringe o determina qué no constituye publicidad pública, estaría generando que las entidades que financian el canal cultural del sistema de medios públicos se abstengan de girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991?*

El artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 establece una serie de actos que no constituyen publicidad oficial. Sin embargo, lo anterior no implica que haya desaparecido la obligación contenida en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues existen actividades distintas a las indicadas en el supradicho artículo del Decreto mencionado, como son, por ejemplo, las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, que constituyen publicidad oficial y, por tanto, dan lugar a la obligación señalada.

3. *¿Cuáles serían las variables o fuentes reales de publicidad y los conceptos sobre los cuales una entidad descentralizada debería girar los dineros a la RTVC?*

El porcentaje del 7% que debe transferirse a la RTVC debe liquidarse sobre el presupuesto publicitario anual de la entidad obligada, el cual corresponde a las partidas asignadas por la entidad descentralizada a su publicidad oficial, es decir, a las actividades de divulgación dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011.

4. *De no estar las entidades obligadas a girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991, por cuanto el decreto lo restringe, ¿cuál sería entonces la fuente de financiación del canal cultural y educativo de la RTVC?*

Los organismos descentralizados del orden nacional determinados en los términos del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 sí están obligados a realizar a la RTVC la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991.

Esta transferencia es una de las fuentes de ingresos con las que cuenta la RTVC, como lo son también, entre otros, los recursos provenientes del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) establecido por el artículo 16 de la Ley 1507 de 2012.

5. *¿Es factible deducir que el decreto fue más allá de lo establecido en la ley, perjudicando la finalidad de la misma, afectando la cultura y la educación ciudadana propia del sistema de medios públicos, dada la naturaleza de la RTVC, a tal punto que debe ser objeto de derogatoria, demanda de nulidad o simplemente de inaplicabilidad, por excepción de inconstitucionalidad?*

En el Decreto 4326 de 2011 no se evidencia un ejercicio excesivo de la potestad reglamentaria: de una parte, el artículo 1º reproduce lo dispuesto por los incisos 1º y 2º del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, y de otra, la finalidad del Decreto fue clarificar y delimitar lo que debe entenderse por publicidad oficial, aspecto que no fue objeto de definición por parte de la Ley 1474 de 2011 y que resulta fundamental para su correcta aplicación.

Por lo tanto, en principio no debería ser objeto de derogatoria, nulidad o inaplicabilidad por excepción de inconstitucionalidad.

6 *¿Cuáles serían las actividades distintas a las de la ley, propias de las entidades descentralizadas, que constituirían publicidad oficial a la luz del Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015?*

Cuando el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 se refiere a las actividades de divulgación que "promuevan o faciliten el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia" está aludiendo a actividades que de acuerdo con la respuesta número 1 hacen referencia a la publicidad legal-administrativa, es decir, aquellas que tienen como propósito materializar las funciones asignadas al órgano público por medio de la ley y enterar al ciudadano de la actividad y actuaciones administrativas y operativas propiamente dichas desplegadas en la entidad.

Por el contrario, las actividades que constituirían publicidad oficial serían aquellas que tienen como objeto promocionar la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público y, en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer.

7. *¿Sólo están obligadas a realizar la contribución las entidades que ejercen actividad comercial?*

No: el concepto de publicidad oficial aquí expuesto debe ser entendido desde la perspectiva de la promoción institucional y no desde la visión de una actividad comercial o lucrativa.

Asimismo, no es el adelantamiento de actividades comerciales propiamente dichas lo que determina para el órgano público la calidad de sujeto obligado a realizar la transferencia establecida en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, sino el carácter de organismo descentralizado, determinado en los términos del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Y además, se reitera, el que se trate de actividades dirigidas a promocionar a la entidad y que no correspondan a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011.

8. *¿Corresponden a Fogafin, Findeter y Bancoldex S.A., como entidades descentralizadas, realizar los aportes o transferencia de que trata la Ley 14 de 1991? En caso negativo, ¿cuál sería el fundamento que los exime de dicha obligación?*

Fogafín no se encuentra obligada a realizar la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991: a pesar de que se trata de un establecimiento público, categoría que se encuentra enlistada dentro de los organismos descentralizados del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, de acuerdo con el Decreto 1596 de 2016 a esta entidad no se le aplican las normas de las entidades del sector público del orden nacional.

Por su parte, Findeter y Bancoldex S.A. tampoco están obligadas a realizar la transferencia, pues al no estar sometidas por disposición legal al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, a la luz del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974, y para los efectos de la referida obligación, no se consideran entidades descentralizadas.

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

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

**5. Estampilla Pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia.**

**Radicado 2324**

Fecha: 12/12/2017
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante oficio del 15 de marzo de 2018 emitido por el Ministerio de Educación Nacional

La señora Ministra de Educación Nacional consulta sobre varios aspectos relativos a la aplicación de la "estampilla pro universidad nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" contenida en la Ley 1697 de 2013.

## I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, la señora Ministra refiere los siguientes:

1. La Sala emitió concepto sobre la "estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" el 7 de diciembre de 2015, con número de radicación 2229, en el cual resolvió inquietudes relacionadas con el alcance del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 y otros aspectos.

2. Con posterioridad a dicho concepto han surgido nuevos interrogantes relativos a la contribución antes enunciada.

3. Algunas entidades han realizado cuestionamientos frente al tema entre ellos el Banco de la República, entidad que luego de conocido el concepto emitido envió al Ministerio comunicación el día 25 de abril de 2016 en la que formula algunas inquietudes sobre (i) el procedimiento administrativo aplicable para la fiscalización, determinación y liquidación oficial del mencionado tributo y las etapas previstas para ello, (ii) cuales son los actos administrativos que comprende el mencionado procedimiento administrativo y las sanciones aplicables, (iii) los recursos que proceden. Plantea, también, si la base gravable y las tarifas se aplican de forma independiente al valor inicial del contrato, prorrogas y adiciones o si para efectos de la retención se debe identificar en cada caso si el pago corresponde al valor inicial, al de la prorroga o al valor adicional.

   Igualmente le solicitó que se precisara si el tributo aplica a las adiciones posteriores a contratos celebrados antes del 20 de diciembre de 2013, las cuales se hayan suscrito con posterioridad a dicha fecha y si el valor de la base gravable que se debe tomar es solamente sobre el valor de la respectiva adición que se suscribió con posterioridad.

4. Colombia Telecomunicaciones mediante comunicación radicada con el No. 2016ER088191 del 19 de mayo de 2016, aduce que no es sujeto activo de la contribución ya que no es una sociedad de economía mixta y tiene una participación

inferior al 50%, razón por la cual no hace parte de las entidades públicas en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

5. La Agencia Nacional de Infraestructura luego de conocer el concepto emitido por la Sala, mediante comunicación del 29 de junio de 2016, cuestionó que los contratos de concesión estén gravados con la contribución establecida en la Ley 1697 de 2013.

6. La Corporación Autónoma Regional de Rionegro –Nare –CORNARE mediante comunicación radicada en ese Ministerio el 29 de septiembre de 2016, manifiesta que la contribución con destino a los fondos de seguridad y convivencia que se debe pagar por los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones, no hace parte de la base gravable de la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, por lo cual debe ser excluida para su liquidación.

7. Ecopetrol S.A. luego de conocer el concepto emitido por esta Sala presentó ante el Ministerio escrito con radicado 2016-ER-112950 esgrimiendo nuevos argumentos para no retener y trasladar la contribución parafiscal, entre ellos que esa entidad no celebra contratos de obra pública tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sino que su actividad misional se ha desenvuelto principalmente en la estructuración y diseño de modelos contractuales propios de la industria petrolera, como los contratos de colaboración empresarial en sus distintas modalidades, dentro de los que se destacan los contratos de asociación encaminados a la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, los cuales se encuentra intrínsecamente relacionados con el objeto social de Ecopetrol S.A.

Con fundamento en lo anterior, la señora Ministra de Educación Nacional formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *Siendo la contribución establecida en la Ley 1697 de 2013 de carácter específico: ¿Para determinar la base gravable y fijar la tarifa correspondiente a la misma, cuando se presentan adiciones al contrato inicial, se deben tener en cuenta los principios y normas del derecho tributario o del derecho administrativo?*

2. *En caso de que un contrato de obra suscrito después de la entrada en vigencia de la Ley 1697 de 2013 sea objeto de una adición en dinero ¿La base gravable y la tarifa que se le debe aplicar en virtud del artículo 8º de la Ley 1697 de 2013, se determina en forma independiente según el valor que tenga el contrato inicial y el valor de cada adición, o se debe fijar en razón del valor total o final del contrato, sumando el valor inicial y el de sus adiciones?*

3. *Si la tarifa establecida en la Ley 1697 de 2013, debe fijarse tomando el valor total o final del contrato (valor inicial + adiciones) y eso genera cambio en la tarifa que debe aplicarse en virtud de la mencionada norma:¿Cómo debe procederse en relación con las retenciones realizadas con la tarifa anterior y cómo en relación con la diferencia que se genera en la liquidación de la contribución?¿Cómo se debe*

*proceder cuando sea necesario liquidar la contribución parafiscal de un contrato que ya esté finalizado?*

4. *El artículo 11 de la Ley 1697 de 2013 le asigna a este Ministerio funciones de Dirección y administración del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia; en virtud de esa norma, o de cualquier otra vigente ¿Tiene el Ministerio de Educación Nacional funciones de fiscalización frente a la contribución creada por esa Ley? En caso afirmativo: ¿Cuál es el alcance de esas funciones"?*

5. *¿Los actos administrativos que se generen para establecer el valor de la deuda que alguna entidad encargada de retener tiene con el Fondo Nacional de las Universidades estatales de Colombia, prestan mérito ejecutivo para que la DIAN pueda iniciar el proceso de cobro coactivo?*

6. *¿Cuál es la entidad competente para determinar la base gravable del mencionado tributo, la tarifa aplicable a los respectivos contratos y sus adicciones, liquidarlo, determinar su monto y expedir los actos administrativos que dicha función conlleva?*

   *¿Cuál es el trámite y cuáles las normas aplicables para la gestión y expedición de esos actos administrativos?*

   *¿Estos actos administrativos prestan mérito ejecutivo?*

   *¿Contra estos actos administrativos proceden o no recursos en la vía administrativa?*

   *¿En caso afirmativo cuál es su trámite y cuáles las normas aplicables a esos recursos?*

7. *Teniendo en cuenta que las empresas de servicios públicos con participación accionaria de la Nación igual o inferior al 50% son entidades descentralizadas indirectas, que tienen la categoría de entidad del orden nacional, previstas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993: ¿Estas empresas de servicios públicos están obligadas a practicar la retención de la contribución parafiscal objeto de consulta? En caso afirmativo ¿La retención de la contribución parafiscal de estas empresas bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley (estatal, mixta o privadas) debe ser practicada independiente de la naturaleza de los recursos (propios o del presupuesto General de la Nación)?*

8. *¿Los contratos de concesión o los suscritos bajo la modalidad de alianza público privadas previstas en la Ley 1508 de 2012 por una entidad de orden nacional, con el objeto de celebrar un contrato de obra, conexos de obra o adición, están gravados con la contribución parafiscal prevista en la Ley 1697 de 2013?*

9. *¿Existe alguna entidad del orden nacional de las previstas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, exceptuada de practicar la retención de la contribución parafiscal, en razón a que los contratos de obra, contratos conexos de obra y adiciones, los desarrolle*

*bajo alguna modalidad contractual específica o en cumplimiento de su objeto social, como lo argumenta Ecopetrol S.A.?*

10. *Al momento de calcular y determinar la base gravable de la contribución establecida en la Ley 1697 de 2013: ¿Cuáles conceptos o gravámenes se deben descontar de la misma?*

## II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: **A.** Elementos esenciales del tributo - Estampilla "Pro universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", **B.** Hecho generador o gravable de la contribución parafiscal Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia": **(a)** La celebración de contratos de obra cualquiera que sea su modalidad de pago, sus adiciones en dinero o contratos conexos a ellos: **(i)** Imposibilidad de modificar el objeto contractual por medio de adiciones a los contratos, **(ii)** Hecho generador de la estampilla respecto a las adiciones en contratos conexos a los de obra, **(iii)** Base gravable y tarifa de la contribución parafiscal Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" cuando se aumente el valor del contrato como consecuencia de una adición al mismo, **(b)** Que dichos contratos sean celebrados por entidades del orden nacional definidas por el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual, **C.** De las empresas de servicios públicos con participación accionaria de la nación igual o inferior al 50%, **D.** De los contratos de Concesión o los suscritos bajo la modalidad de alianzas público -privadas previstas en la Ley 1508 de 2012 por entidades del orden nacional, **E.** ¿Existe alguna excepción en la ley para contratos celebrados bajo una modalidad contractual específica o en cumplimiento de su objeto social?, **F.** Sujeto activo de la contribución parafiscal Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" – Administrador de la obligación tributaria: Función de fiscalización de la obligación tributaria - Función de dirección y administración del Fondo Nacional de las Universidades Estatales y **G.** Proceso de cobro coactivo – Actos administrativos.

### A. Elementos esenciales del tributo - Estampilla "Pro universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".

Es importante recordar que el legislador creó la Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" como una contribución parafiscal con destinación específica para el fortalecimiento de las universidades estatales[206]. Sus elementos esenciales, propios de todo tributo, son el hecho gravable o generador, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la base gravable y la tarifa, definidos por el legislador mediante la Ley 1697 de 2013 *"Por la cual se crea la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"*. De otro lado, el Decreto 1050 de 2014 "*Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de*

206 Ley 1697 de 2013, artículo 2.

*las Universidades Estatales de Colombia y se dictan otras disposiciones"*, hizo referencia igualmente al hecho gravable de la estampilla.

Señalan dichas disposiciones:

Sobre el hecho generador:

| Ley 1697 de 2013 | Decreto 1050 de 2014 |
|---|---|
| ***Artículo 5º. "Hecho generador.*** *Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2.*<br>***Parágrafo.*** *Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación".* | ***Artículo 6°. Del hecho generador.*** *De conformidad con el artículo 5° de la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados por la contribución parafiscal Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, son aquellos que cumplen con las siguientes dos (2) condiciones:*<br>*Ser de aquellos denominados de Obra y sus adiciones en dinero, o tratarse de sus contratos conexos.*<br>*El contrato de obra es aquel celebrado para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*<br>*Contratos conexos serán aquellos que tengan como objeto el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría.*<br>*2. Ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual.* |

Sobre los demás elementos del tributo:

| Ley 1697 de 2013 |
|---|
| *"Artículo 6º. SUJETO PASIVO. El tributo estará a cargo de la persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal que funja como contratista en los negocios jurídicos a que se refiere el artículo anterior".* |
| *"Artículo 7º.* ***SUJETO ACTIVO.*** Como acreedor de la obligación tributaria del sujeto pasivo, determinado en el artículo *6o de la presente ley, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) será el sujeto activo en la relación jurídico-tributaria creada por esta ley".* |
| *"Artículo 8º.* ***BASE GRAVABLE Y TARIFA.*** El sujeto pasivo definido en el artículo 6º de la presente ley pagará por las suscripciones de los contratos de *obra pública y sus conexos en función de las siguientes bases y tarifas: por los contratos cuyo valor esté entre 1 y 2.000 smmlv pagarán el 0.5%. Los contratos entre 2.001 y 6.000 smmlv pagarán el 1% y los contratos mayores a 6.001 smmlv pagarán el 2%.*<br>*Parágrafo. En cuanto no sea posible determinar el valor del hecho generador, definido en el artículo 5º de la presente ley, al momento de su respectiva suscripción, la base gravable se determinará como el valor correspondiente al momento del pago, por el término de duración del contrato respectivo".* |

Cada uno de los elementos esenciales del tributo aludido será analizado sólo en la medida que sean indispensables para absolver las inquietudes formuladas.

### B. Hecho generador o gravable de la contribución parafiscal Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".

Respecto al hecho generador o gravable se requiere que se cumplan dos condiciones: (a) la celebración de contratos de obra cualquiera que sea su modalidad de pago, sus adiciones en dinero o contratos conexos a ellos. La misma ley define qué se entiende por contratos de obra y por contratos conexos. Y (b) que dichos contratos sean celebrados por entidades del orden nacional definidas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual.

#### (a) La celebración de contratos de obra cualquiera que sea su modalidad de pago, sus adiciones en dinero o contratos conexos a ellos.

Los **contratos de obra** son aquellos celebrados "*para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago"*[207], y los **contratos conexos** son aquellos *"que tengan como objeto el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría"*[208]. En forma adicional, son conexos todos los "*demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2"*[209], es decir los contratos de consultoría siempre que el proyecto al que se refieran esté relacionado con un contrato de obra, a saber: (i) estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, (ii) estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para proyectos específicos, (iii) asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, (iv) asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación, ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Sobre los contratos de obra y los conexos a ellos señaló la Sala en concepto emitido con anterioridad:

> *"Los primeros [se refiere a los contratos de obra] están definidos en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como aquellos "que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".*

207 Decreto 1050 de 2014, artículo 6º.

208 Ibídem.

209 Ley 1697 de 2013, artículo 5. Nótese como el artículo 6 del Decreto 1050 de 2014 al definir los contratos conexos excluyó los *"demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2"*, sin embargo, estos contratos dado que están consagrados en la ley deben tenerse en cuenta para efecto del pago de la Estampilla. Señala el artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993: *"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:… 2º.* ***Contrato de Consultoría.*** *Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. // Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos…"*

*En cuanto a los "contratos conexos", el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 dispone que se trata de aquellos cuyo objeto consista en el "diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2". Por su parte, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015 solamente incluye en esta categoría los contratos que tengan por objeto "el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría", dejando de lado a los demás que señala el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80.*

*En relación con este asunto, debe aclararse, en primer lugar, que los contratos que tengan por objeto el mantenimiento de bienes inmuebles son considerados expresamente por la Ley 80 de 1993 (artículo 32, numeral 1º) como contratos de obra pública. Por tal razón, la Ley 1697 incurre en una impropiedad cuando los califica como "contratos conexos" al de obra, pues dichos negocios, como se indicó, son contratos de obra y no pueden ser, al mismo tiempo, conexos. Sin embargo, dicha incoherencia no altera el hecho de que la suscripción de este tipo de contratos por parte de las entidades estatales del orden nacional genera el tributo que se analiza.*

*En segundo lugar, es pertinente señalar que el decreto reglamentario se queda corto en la enunciación de los "contratos conexos" al de obra pública, frente a lo dispuesto sobre este punto en la ley, ya que, mientras el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 incluye en esta categoría a los "demás [contratos] definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 2º", el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015 solamente menciona los de interventoría, operación y diseño, dejando de lado las otras modalidades del contrato de consultoría que tipifica el artículo 32, numeral 2º de la Ley 80, en los siguientes términos:*

*"2º. Contrato de Consultoría.*

*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*

*(…)" (Se destaca).*

*Por lo tanto, como las normas reglamentarias no pueden limitar o reducir el alcance de las disposiciones legales que reglamentan, es evidente que también deben considerarse como "contratos conexos" al de obra, para efectos de la estampilla pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia, fuera de los contratos de interventoría, operación y diseño, aquellos que celebren las entidades estatales del orden nacional y cuyo objeto sea la realización de "estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para… proyectos específicos", la prestación de "asesorías técnicas de coordinación,*

*control y supervisión", o la prestación de los servicios de "asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y… ejecución de… planos, anteproyectos y proyectos", siempre que el proyecto al cual se refieran tales contratos consista en la ejecución de una obra pública, esto es, en la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier otro trabajo material sobre un bien inmueble"*[210].

Ahora bien, dado que la disposición señala que el hecho gravable recae sobre los contratos de obra cualquiera que sea la modalidad de pago, recuerda la Sala que *"dentro de las modalidades de pago del contrato de obra existen i) el contrato a precio global, ii) contrato por precios unitarios, iii) contrato de administración delegada y iv) reembolso de gastos"*[32] [211].

En cuanto a las **adiciones en dinero,** estas también se constituyen en un hecho generador de la estampilla.

Sobre las adiciones a los contratos, la Sala procede a referirse a los siguientes aspectos:

### i) Imposibilidad de modificar el objeto contractual por medio de adiciones a los contratos.

La Ley 80 de 1993 no contiene una regulación amplia respecto a las adiciones de los contratos, únicamente hace referencia al límite cuantitativo de la adición indicando que "*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales"*[212]. De este límite se encuentran exceptuados los contratos de interventoría cuyo valor puede ajustarse *"en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993"*[213]. Estas adiciones a los contratos sin embrago, no pueden conducir a la modificación del objeto contractual.

Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 2263 del 17 de marzo de 2016, hizo un amplio análisis sobre las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un contrato estatal, reiterando que es posible modificar los elementos accidentales de un contrato pero no su objeto:

*"… La Sala procede a clasificar las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un contrato estatal derivadas de una interpretación sistemáti-*

210 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2271 del 10 de mayo de 2016. Sobre este tema téngase igualmente el Concepto 2229 del 7 de diciembre de 2015 emitido por la Sala.

211 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2229 del 7 de diciembre de 2015. La siguiente cita es del original del texto: [32] Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de septiembre de 2008. Radicado 1920 y concepto del 18 de julio de 2002. Radicado 1439.

212 Ley 80 de 1993, artículo 40, parágrafo: *"En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato. // Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".*

213 Ley 1474 de 2011, artículo 85. "***Continuidad de la interventoría.*** *Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993…".*

*ca de las reglas y principios del Estatuto y de la función administrativa. Para el efecto, se referirá a los límites de orden temporal, formal y material.*

*Como advertencia previa, esta Sala considera que la regla general que debe cumplir la entidad estatal corresponde a la inalterabilidad del contrato y, por ende, su modificación tendrá carácter de excepcional y será de interpretación restrictiva.*

*(…)*

***iii) Límites de orden material.***

***- Límites cuantitativos.***

*La Ley establece un límite para los contratos adicionales, en el sentido de que no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría[32]*

*(…)*

***- Límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones***

*No es procedente en la ejecución del contrato modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas o como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad. Si así fuera, se desconocerían los requisitos del ordenamiento jurídico, los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia[35], de transparencia y de igualdad de oportunidades.*

*Como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, el poder de modificación de la Administración es limitado y debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente[36]*

*También ha precisado, a propósito de los efectos vinculantes del pliego de condiciones, que:*

*"…la variación del objeto contractual proyectado o la modificación sustancial de los términos de referencia, vulneran los principios constitucionales y legales de transparencia al igual que orientan la función administrativa". [37](Subrayas de la Sala).*

*Por ello, el alto Tribunal no ha dudado en decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando se termina ejecutando un objeto diferente al contratado y se presentan variaciones sustanciales a lo inicialmente pactado.[38]*

*En cuanto al objeto del contrato, corresponde a la prestación requerida y acordada por las partes, realmente referida al objeto de la obligación, esto es, aquello a lo cual se obliga el deudor. Designa la prestación a propósito de la cual interviene el acuerdo de voluntades. Por lo tanto, el objeto de la obligación es la prestación prometida[39].*

*Sin embargo, el objeto no puede confundirse con el contenido del negocio jurídico. Mientras que el objeto es algo externo al negocio, y por lo tanto, constituye su presupuesto, el contenido es la materialización y esencia del acto dispositivo, el tenor de sus cláusulas, en fin, la proyección del negocio regulador de intereses[40], en una palabra, "todo aquello que está dicho o escrito en el contrato".[41]*

*En el concepto de objeto puede distinguirse el núcleo esencial previsto en el contrato, esto es, la prestación a realizar por el contratista – obras, servicios o suministros-, que corresponde a la necesidad que se pretende satisfacer y los elementos accesorios que precisan su contenido (forma y modo), como pueden ser la forma de su ejecución, los materiales y especificaciones técnicas para su cumplimiento, etc.[42]*

*Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del contrato, lo que siempre resulta inalterable durante todo el "iter" del contrato, es la modificación del núcleo esencial del objeto, pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del contrato modificatorio, por contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad. No sucede lo mismo, respecto de los elementos accesorios, los cuales podrían ser objeto de modificación con el cumplimiento de los requisitos legales.*

*En este sentido, el núcleo esencial del objeto se entendería incluido en el concepto de la "naturaleza global del contrato" que constituye un obstáculo insalvable para modificar un contrato público, como se estipula en las nuevas directivas sobre contratación pública de la Unión Europea[43].*

*La inalterabilidad de la naturaleza global del contrato como límite a la modificación del contrato, se entiende, entre otras, cuando se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica de manera sustancial el tipo de contratación o el tipo de la concesión.[44]*

*(…)*

*En síntesis, el Consejo de Estado ha señalado la prohibición para la Administración de modificar las condiciones sustanciales del contrato estatal y de su pliego de condiciones, incluido el objeto y los criterios habilitantes y de ponderación aplicados en el proceso de selección.*

*Corresponderá determinar la noción de "condiciones sustanciales del contrato", que debe definirse en función de cada caso en concreto, según la naturaleza del contrato*

*y las obligaciones estipuladas. A partir de este supuesto, algunos elementos pueden precisar este concepto jurídico indeterminado*[214]*.*

### ii) Hecho generador de la estampilla respecto a las adiciones en contratos conexos a los de obra.

Es necesario recordar respecto del hecho generador, que las adiciones a los contratos también proceden respecto de los contratos conexos a los de obra, como lo analizó la Sala en anteriores oportunidades:

*"Finalmente, el artículo 5º de la Ley 1697 y el reglamento se refieren a "sus adiciones en dinero", aludiendo a los contratos de obra pública. La expresión "adiciones en dinero", aunque no resulta muy técnica, debe entenderse referida a aquellas modificaciones al contrato inicial que consisten en ampliar o adicionar el alcance del objeto inicial, sin sustituirlo ni reformarlo sustancialmente, y que impliquen o conlleven un aumento en el valor del contrato. Se aclara lo anterior porque puede darse el caso de adiciones que no impliquen un incremento en el valor del contrato, como por ejemplo, si se trata de actividades que no suponen un costo mayor para el contratista, o que se compensen con trabajos que no hayan sido y no vayan a ser ejecutados.*

*También podrían entenderse como "adiciones en dinero" las modificaciones que consistan exclusivamente en aumentar el valor original del contrato o los factores de los cuales depende (como los precios unitarios), sin variar el alcance del objeto estipulado o las obligaciones de las partes.*

*Aunque las normas citadas solamente se refieren a las "adiciones en dinero" en los contratos de obra pública, sin hacer alusión a los "contratos conexos", observa la Sala que lo explicado en el párrafo precedente es igualmente aplicable a estos últimos contratos, por la sencilla razón de que, tal como lo ha explicado la Sala de Consulta y Servicio Civil en otras ocasiones*[18]*, la adición de un contrato estatal no es un contrato en sí mismo, como antaño se creía, sino que se trata de una convención modificatoria a un contrato vigente. Por lo tanto, en la medida en que tal modificación conlleve aumentar el valor del contrato inicial, sujeto a la "estampilla" que nos ocupa, dicha reforma*

214 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2263 del 17 de marzo de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: [32] Ley 1474 del 2011. Artículo 85. / [35] Sobre el principio de libertad de concurrencia, Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 2011. Rad. 1966. / [36] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de Agosto del 2011. Exp. 18080; Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de Septiembre del 2013. / [37] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de Junio del 2012. Exp. 23966. / [38] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de Febrero del 2013. Exp. 25802. / [39] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. S.V Martín Bermúdez, a la Sentencia del 23 de Junio de 2010. Exp. 18294. / [40] Cfr. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones II, volumen 2, Universidad Externado de Colombia, 2015. P. 113. Para el autor: *"El objeto es el interés dispuesto, el bien, el esfuerzo, la situación, patrimonial o no, regulada mediante el ejercicio de la autonomía, en tanto que el contenido es la forma misma de la disposición en cuanto se vierte en cláusulas, términos, condiciones (Verbindungen) generales o particulares (Accidentalia negotii), sean las frases en que se descompone la declaración, sean los temas que se desprenden de la omisión, o el comportamiento, en fin, la redacción que corresponde a la actividad del sujeto o de los varios sujetos que intervienen"*. En cita de Betti, Negozio giuridico en Novissimo Digesto Iltaliano XI, Utet, Torino, 1957. P. 210: *"Contenido es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado: su supuesto de hecho interior de regulación compromisoria, que es a la vez fórmula e idea, palabra y significado…"* P. 114. / [41] Cfr. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones I, volumen 2, Universidad Externado de Colombia, 2015. P. 107 / [42] Cfr. Cabello, Rodríguez María Luisa. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Bosch. Tomo II. 2009. Obra colectiva. Directores. Parejo Alfonso Luciano y Palomar Olmeda Alberto, p. 722-726. La convocatoria de una licitación para la construcción de un hospital con una ubicación determinada, no puede derivar en un contrato para la construcción de una escuela, porque atañe al elemento esencial. No obstante, tanto el elemento esencial –construcción de un hospital–, como los accesorios –forma en su ejecución y materiales–, formarán parte del objeto determinado, p. 723. / [43] Cfr. Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE. / [44] Documento del Consejo de 11266/12 de 14 de junio de 2012.

*implica un ajuste en la base gravable del citado tributo, que acarrea el consecuente deber de pagar las sumas adicionales que se causen por este concepto.*

*De lo anterior concluye la Sala que tanto las adiciones a los contratos de obra como las adiciones a los "contratos conexos", que impliquen o generen un aumento en el valor del respectivo contrato, ocasionan el pago de la "estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"*[215].

### iii) Base gravable y tarifa de la contribución parafiscal Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" cuando se aumente el valor del contrato como consecuencia de una adición al mismo.

Como lo indicó la Sala en el concepto referido, "***en la medida en que tal modificación [se refiere a la adición] conlleve aumentar el valor del contrato inicial, sujeto a la "estampilla" que nos ocupa, dicha reforma implica un ajuste en la base gravable del citado tributo, que acarrea el consecuente deber de pagar las sumas adicionales que se causen por este concepto"***[216]**.** (Resaltado nuestro)

El artículo 8º de la Ley 1697 de 2013 determina la base gravable y la tarifa de la contribución parafiscal Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", en los siguientes términos:

*"**Artículo 8o. BASE GRAVABLE Y TARIFA.** El sujeto pasivo definido en el artículo 6o de la presente ley pagará por las suscripciones de los contratos de obra pública y sus conexos en función de las siguientes bases y tarifas: por los contratos cuyo valor esté entre 1 y 2.000 smmlv pagarán el 0.5%. Los contratos entre 2.001 y 6.000 smmlv pagarán el 1% y los contratos mayores a 6.001 smmlv pagarán el 2%.*

***Parágrafo.** En cuanto no sea posible determinar el valor del hecho generador, definido en el artículo 5o de la presente ley, al momento de su respectiva suscripción, la base gravable se determinará como el valor correspondiente al momento del pago, por el término de duración del contrato respectivo".*

De conformidad con la norma transcrita la base gravable es determinada por la ley con base en **el valor del contrato de obra y en el valor de sus contratos conexos**. La ley no señala la posibilidad que se le apliquen descuentos al valor del contrato para efectos de determinar la base gravable, en consecuencia es el valor pactado y sus adiciones lo que define la base gravable y por ende la tarifa a aplicar para efecto de la retención de la estampilla.

Ahora bien, la pregunta que se formula es ¿cómo se determina la base gravable y la tarifa en adiciones a los contratos de obra y sus conexos, cuando el contrato fue suscrito luego de entrada en vigencia la Ley 1697 de 2013? Si su cálculo se determina de manera

215 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2271 del 10 de mayo de 2016. La siguiente cita es del original del texto: [18] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos Nos. 1121 del 26 de agosto de 1998, 1439 del 18 de julio de 2002, 2148 del 23 de agosto de 2013 y 2149 del 2 de agosto de 2013, entre otros.

216 Ibídem.

independiente según el valor del contrato inicial y según el valor de la adición o se determina tomando el valor final del contrato (valor inicial + adiciones).

Adicionar un contrato implica modificar en sus elementos accidentales el contrato inicial pero no puede conllevar a la modificación del objeto. Las adiciones forman parte del mismo contrato, forman un todo, hay un nexo causal inescindible entre el contrato y su adición. O como lo señala la doctrina *"lo adicional se refiere a algo nuevo que inicialmente no estaba pactado pero que resulta ser necesario y pertinente para el objeto del contrato, el cual se mantiene en su perspectiva de objeto específico solo que con agregaciones nuevas que se vinculan a dicho objeto en claro nexo causal. Todo lo cual forja, claro está, un mayor valor del contrato"*[217].

En consecuencia, para establecer la base gravable debe tenerse en cuenta el valor total del contrato, es decir su valor inicial más sus adiciones en dinero.

La retención de la estampilla debe realizarla el pagador de la entidad que haya suscrito el contrato de obra o sus conexos de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista.[218] Por lo tanto, los pagadores de las entidades contratantes deben hacer las retenciones respectivas de manera proporcional a cada pago aplicando la tarifa de la base correspondiente al valor del contrato en el momento que se efectúe cada pago. Sin embargo, si se genera un ajuste de la base gravable como consecuencia de la adición al valor del contrato, los pagadores deben realizar las reliquidaciones a lo ya retenido aplicando la tarifa correspondiente a la base gravable ajustada. En todo caso, antes de realizarse el último pago pactado se debe verificar de acuerdo con el valor total del contrato (valor inicial + adiciones), en qué base se ubica definitivamente el mismo para así proceder a hacer los reajustes respectivos y el correspondiente recaudo.

Por último, siendo la naturaleza jurídica de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" una contribución parafiscal, todo lo relacionado con los elementos de dicho tributo y de manera específica con la aplicación de la base gravable y la tarifa debe seguir los principios del derecho tributario.

217 Dávila Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera Ed. Bogotá. Legis, 2016, 589-590 pp. ISBN Papel: 978-958-767-329-6.

218 Ley 1697 de 2013, artículo 9º. "***CAUSACIÓN.*** *Es obligación de las entidades contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla definido según el Artículo 8o de la presente ley".*
*Decreto 1050 de 2014, artículo 7°.* ***"De la Retención de la Contribución.*** *Los jefes de las oficinas pagadoras, o quien haga sus veces, de las entidades del orden nacional que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, que efectúen giros sobre contratos de obra pública y sus adiciones, así como sobre los contratos conexos al de obra, celebrados con situación de fondos, son responsables de retener las sumas correspondientes a la contribución parafiscal de la que trata la Ley 1697 de 2013, en el porcentaje correspondiente según lo establecido en el artículo 8º de la ley mencionada, a través del Sistema Integrado de Información Financiera (SIIF) Nación.// Los jefes de las oficinas pagadoras de las entidades del orden nacional que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, que efectúen giros sobre contratos de obra pública y sus adiciones, así como sobre los contratos conexos al de obra, celebrados sin situación de fondos o con recursos propios, y los jefes de las oficinas pagadoras de las demás entidades del orden nacional que efectúen giros sobre contratos de obra pública y sus adiciones, así como sobre los contratos conexos al de obra, celebrados con recursos propios; son responsables de retener las sumas correspondientes a la contribución parafiscal de la que trata la Ley 1697 de 2013, en el porcentaje correspondiente según lo establecido en el artículo 8° de la ley mencionada.// Los recursos retenidos serán transferidos a la cuenta que para tal efecto se defina, así: con corte a junio 30, los primeros diez (10) días del mes de julio y con corte a diciembre 31, los primeros diez (10) días del mes de enero de cada año. // En los casos contemplados en el inciso anterior, las entidades deberán enviar al MEN copia del correspondiente recibo de consignación con una relación que contenga el nombre del contratista al que le practicó la retención y el objeto y valor de los contratos suscritos. // Parágrafo Transitorio. Las retenciones que se hayan practicado antes de la entrada en vigencia del presente decreto deberán ser transferidas a la cuenta que se determine para tal efecto, los diez (10) primeros días del mes de julio de 2014".*

**(b) Que dichos contratos sean celebrados por entidades del orden nacional definidas por el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual.**

Señala el artículo 2º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993:

*"**DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.** Para los solos efectos de esta ley:*

***1o. Se denominan entidades estatales:***

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".*

Sobre este particular la Sala, en concepto 2229 del 7 de diciembre de 2008, hizo un amplio análisis sobre las entidades públicas para efecto de la aplicación de la Ley 1697 de 2013, en el cual se expusieron todos los antecedentes durante el trámite legislativo de dicha ley evidenciándose que siempre el legislador quiso que el hecho generador fuera la suscripción de contratos de obra y conexos por entidades del orden nacional de aquellas señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, se hizo el análisis de cada una de las entidades del orden nacional que en su momento presentaron inquietudes respecto de la aplicación de la estampilla, a saber: Banco de la República, Corporaciones Autónomas Regionales, Universidades estatales, FOGAFIN, FOGACOOP, Corporación Colombia Internacional, COTECMAR, COMCAJA, Empresas de servicios públicos de carácter mixto, Fondo Nacional del Ahorro, COLJUEGOS, Ecopetrol, BANCOLDEX, FIDUCOLDEX, FINAGRO, FIDUAGRARIA.

En tal oportunidad, la Sala de Consulta concluyó que basta con ser una entidad del orden nacional de aquellas señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 para que se constituya uno de los elementos del hecho generador:

*"No se planteó ninguna excepción relacionada con las circunstancias de que la entidad no aplique el régimen de contratación pública o que no ejecute recursos del Presupuesto General de la Nación…*

*Quiere decir lo anterior que la naturaleza de entidad pública nacional no se afecta porque aplique o no normas contractuales de derecho privado o porque aplique o no la Ley 80 de 1993...*

*Entonces, para predicar la aplicación del artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, basta con ser una entidad nacional de aquellas enunciadas expresamente por el artículo anteriormente transcrito o que: i) se trate de una persona jurídica del orden nacional en la que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que se adopte o ii) sea un organismo o dependencia del Estado al que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos"*[219].

Igualmente, en dicho concepto se dio alcance a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 5º que dice que *"Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación",* al señalar:

*"Pero el parágrafo objeto de estudio cobra particular importancia para las sociedades de economía mixta en donde la participación del Estado sea igual o inferior al 50%, ya que estas no hacen parte de las entidades públicas en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, pues esta normativa solo considera como entidades a las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%.*

*En efecto -entiende la Sala- lo que el parágrafo hace es adicionar como hecho generador del tributo los contratos de obra suscritos por las sociedades de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación, así la sociedad tenga una participación del Estado igual o inferior al 50%"*[220].

Dicha posición fue reiterada en concepto 2271 del 10 de mayo de 2016:

*"Es de notar que la ley cualifica la parte contratante en esta clase de negocios, al señalar que debe ser una entidad del orden nacional, de aquellas definidas en el artículo 2º de la Ley 80, pero no hace lo mismo con la parte contratista.*

*Ahora bien, el artículo 2°, numeral 1° de la Ley 80 de 1993 dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:*

*"Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:*

*1o. Se denominan entidades estatales:*

219 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2229 del 7 de diciembre de 2008.
220 Ibídem.

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*b) el Senado de la República… los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*

*(…)" (Resaltamos).*

*Como se observa, la definición de "entidades estatales" que hace la norma citada incluye entidades públicas de todos los órdenes o niveles territoriales. Sin embargo, la Ley 1697 solamente menciona a aquellas que sean "del orden nacional" y actúen como contratantes, para efectos de establecer los contratos cuya celebración genera la contribución parafiscal que nos ocupa.*

*Al mismo tiempo, obsérvese que la norma citada incluye algunas entidades de forma directa y específica, entre las cuales menciona a los departamentos administrativos, y designa a otras instituciones en forma genérica o mediante una remisión abierta a otras disposiciones constitucionales y legales. Este último es el caso de "las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles" y de "los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".*

*Finalmente, vale la pena recordar que, tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado[16] y la doctrina de esta Sala[17], la calificación de una entidad como "estatal" es independiente del régimen jurídico que aplique en sus contratos, es decir, un régimen exclusivamente de derecho público, un régimen de derecho privado o, como sucede en la mayoría de los casos, un régimen mixto, conformado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones del derecho privado que resulten aplicables y a las cuales remite aquel (Código Civil, Código de Comercio y leyes especiales).*

*Así lo entiende también, en forma acertada, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015, cuando señala, en su numeral 2º, que una de las condiciones que deben tener estos contratos para generar el pago de la "estampilla", es el hecho de "ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual" (subrayas ajenas al texto original)[221].*

221 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2271 del 10 de mayo de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: [16]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias de la Sala Plena del 23 de septiembre de 1997 (expediente S-701) y el 19 de enero de 2010 (radicación 2009-00708), y sentencia de la Sección Tercera del 30 de enero de 2008 (radicación 2005-00512-01 [32867]), entre otras. / [17]Por ejemplo, en los conceptos Nos. 2062 del 21 de septiembre de 2011 y 2229 del 7 de diciembre de 2015.

Si bien estos conceptos hacen énfasis en asuntos que en su momento requerían tal precisión como es el caso de una entidad que dentro de la estructura orgánica está concebida como un departamento administrativo o la calificación de entidad estatal independientemente del régimen que aplique a sus contratos, es menester analizar (i) si los contratos de obra o sus conexos que suscriban las empresas de servicios públicos con participación accionaria de la nación igual o inferior al 50% constituyen hecho generador del tributo, (ii) si los contratos de concesión o los suscritos bajo la modalidad de alianzas público privadas para la ejecución de obras previstas en la Ley 1508 de 2012 son generadores de dicha Estampilla, y (iii) si existe en la ley alguna excepción para contratos celebrados bajo una modalidad contractual específica o en cumplimiento de su objeto social.

### C. De las empresas de servicios públicos con participación accionaria de la nación igual o inferior al 50%.

Se plantea por parte de la Ministra de Educación Nacional la inquietud de si una empresa de servicios públicos con participación accionaria de la nación igual o inferior al 50% que ostentan la naturaleza de ser entidades descentralizadas indirectas y que tienen la categoría de entidad del orden nacional de las señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, están obligadas a hacer la retención de la contribución parafiscal objeto de la consulta.

Para comenzar, es importante indicar que la Ley 142 de 1994 estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y en su artículo 14 definió tres clases de empresas de servicios públicos, a saber:

> *"14.5. **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*
>
> *14.6. **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*
>
> *14.7. **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA.** Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares".*

La Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, entre otras disposiciones, concluyó que las empresas de servicios públicos en las que exista concurrencia tanto de capital público como de capital privado no pueden ser consideradas como sociedades de economía mixta, pues fue el mismo constituyente el que quiso que las empresas constituidas para tal fin tuvieran una naturaleza y un régimen jurídico especial al señalar en el artículo 365 de la Constitución[222]

222 Constitución Política, ARTÍCULO 365. *"Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la*

que los servicios públicos estarían sometidos al régimen jurídico que fije la ley. Dijo la alta Corporación:

*"5.2.2 No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.*

*(…)*

*5.2.4 Visto lo anterior, la Corte se pregunta ahora si cuando los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 prescriben, respectivamente, que (i) "Empresa de servicios públicos mixta… "(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%" y (ii) que "Empresa de servicios públicos privada… (e)s aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares", desconocen la Constitución.*

*Al respecto estima que la redacción de las anteriores disposiciones contempla expresamente dos nuevas categorías de entidades, denominadas "empresa de servicios públicos mixta", y "empresa de servicios públicos privada", sobre cuya naturaleza jurídica se han presentado divergencias interpretativas que ahora conviene aclarar.*

*Estas divergencias interpretativas en torno de los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se hacen patentes cuando se encuentra que, con base en estas disposiciones, distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta.*[59]

*5.2.5 Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7º del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de "otras entidades del orden*

*mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita".*

*nacional", distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta.*

*Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta "(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes **iguales o superiores al 50**", y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que una empresa de servicios públicos privada "(e)s aquella cuyo capital pertenece **mayoritariamente** a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares", simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública"*[223].

En consecuencia, las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen una naturaleza jurídica y un régimen propios, y aquellas que tengan cualquier porcentaje de participación pública deben ser consideradas entidades descentralizadas que conforman la rama ejecutiva del poder público.

De acuerdo con lo anterior, fuera de la empresa de servicios públicos oficial cuyo capital es 100% público, en las otras dos clases de empresas de servicios públicos, la mixta y la privada, existe concurrencia de capital público y de capital privado. En la empresa de servicios públicos mixta el capital público es igual o mayor al capital particular y en la empresa de servicios públicos privada el capital público es menor al del privado. Así lo explicó la Corte Constitucional en la misma sentencia al señalar:

*"Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada "entidades descentralizadas" resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución"*[224].

Ahora bien, para determinar si una empresa de servicios públicos donde la participación accionaria de la nación es igual o inferior al 50% (si su participación es igual al 50% adquiere la connotación de mixta y si es inferior al 50% se considera privada) está obligada a practicar la retención de la contribución parafiscal de la estampilla "Pro universidad

223 Corte Constitucional, sentencia C-736 de 2007. La siguiente cita es del original del texto: 59 Se alude a las divergencias interpretativas que se evidencian de la lectura, entre otras, de las siguientes sentencias: (i) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 29.703. (ii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de agosto de 2006, radicación AG-25000232500020040134801; (iii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006, radicación 30.096. (iv) Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de treinta y uno (31) de enero de dos mil siete. Rad. No. 11001-03-06-000-2007-00002-00 (v) Corte Constitucional, Sentencia T-1212 de 2004; (vi) Corte Constitucional, Auto N° 113 de marzo de 2006.

224 Ibídem.

Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", es importante recordar que el hecho generador de la Estampilla está *"constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32* numeral 2.".[225].

Este artículo 2 de la Ley 80 de 1993 define cuales entidades son consideradas estatales (para efectos de la aplicación de dicha ley) entre las que se mencionan *"las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".*

Las entidades descentralizadas indirectas son aquellas que nacen de la participación de varias personas jurídicas bien que todas sean de naturaleza pública o compuestas por la participación de entidades públicas y privadas, a diferencia de las directas que son aquellas creadas directamente por el Estado a través del congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales. La Ley 489 de 1998 reguló como entidades descentralizadas indirectas a las asociaciones, corporaciones o fundaciones mixtas (artículo 96); asociaciones entre entidades públicas (artículo 95) y asociación de empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 94), lo que no es óbice para que existan otras independientemente de su denominación que se constituyan como entidades descentralizadas indirectas en la medida en que en su creación participen entidades descentralizadas de primer orden. Por esta razón, dependiendo de la forma de constitución de las empresas de servicios públicos pueden o no ser clasificadas como indirectas.

Visto lo anterior, es pertinente precisar que el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 cuando señala como entidad estatal a las "*entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria [se refiere a que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)], cualquiera sea la denominación que ellas adopten*", está indicando que para que sea considerada entidad estatal siempre se requiere que la participación del Estado sea superior al 50% no importa la denominación, naturaleza y régimen jurídico especial o general.

En consecuencia, sólo las empresas de servicios públicos en las que la participación de la nación sea superior al 50% son consideradas entidades estatales para efecto de retener los dineros correspondientes a la contribución parafiscal regulada por la Ley 1697 de 2013. Quedan excluidas por lo tanto las empresas de servicios públicos domiciliarios que tengan una participación accionaria de la nación igual o inferior al 50%.

225 Ley 1697 de 2013, artículo 5.

### D. De los contratos de Concesión o los suscritos bajo la modalidad de alianzas público -privadas previstas en la Ley 1508 de 2012 por entidades del orden nacional

Esta figura de Asociación Público Privadas existe desde antes que fuera adoptada por nuestra legislación interna y su alcance, como lo señala la doctrina, es la de ser una alianza entre dos sectores para un fin determinado:

> *"El término inglés "public private partnership" (Asociación Público Privada, en adelante APP) expresa genéricamente formas de alianzas estratégicas a largo plazo entre los sectores público y privado, para compartir la responsabilidad en el diseño, planeación, financiación, construcción u operación de proyectos, cuyo objeto garantice o extienda servicios tradicionalmente prestados por el sector público vinculados a la explotación económica e infraestructura"*[226].

Nuestra legislación adoptó esta figura mediante la Ley 1508 de 2012, la que en su artículo 1º definió a las Asociaciones Público Privadas como instrumentos de vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados.

A través de alianzas entre entidades públicas y el sector privado se pueden desarrollar múltiples contratos, tal como se aprecia en el artículo 3 que define el ámbito de aplicación de la citada ley:

> ***"Artículo 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.*** *La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.*
>
> *También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.*
>
> *En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.*
>
> *Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley…"*[227].

Es decir, a través de una alianza entre el Estado y un inversionista privado se pueden ejecutar contratos de diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o también se pueden ejecutar contratos de construcción, reparación, mejoramiento,

226 URUETA ROJAS, Juan Manuel. El Contrato de Concesión de Obras Públicas – Project Finance y Partenariado Público - Privado. Segunda Ed. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez, 2010, 28 p. ISBN: 978-958-749-047-3.

227 Ley 1508 de 2012, artículo 3.

equipamiento de una infraestructura, actividades que deberán involucrar su operación y mantenimiento.

La Sala de Consulta y Servicio Civil había conceptuado in extenso acerca de la procedencia de gravar con la estampilla "Pro universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", los contratos de Asociación Público Privadas -APP- que tengan por objeto la construcción de una obra y sus conexos y que sean suscritos por una entidad del orden nacional definidas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

En dicha oportunidad se dijo lo siguiente:

*"Respecto a las asociaciones público privadas, la Ley 1508 de 2012 señala:*

> ***"Artículo 1o. DEFINICIÓN.*** *Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio".*

*El artículo 3 ibídem prescribe que la ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura y que también podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.*

*Bien lo ha dicho la Corte Constitucional:*

> *"En resumen, la ley 1508 fue promovida para introducir las APP como nueva modalidad contractual, en vista de los beneficios que según la experiencia comparada reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública.*
>
> *Las APP se caracterizan por:* ***(i)*** *tener una larga duración;* ***(ii)*** *definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados;* ***(iii)*** *contar con financiación privada o público-privada;* ***(iv)*** *establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos;* ***(v)*** *condicionar la remuneración a niveles de calidad;* ***(vi)*** *trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y* ***(vii)*** *distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva".*[35]

*En tal virtud las asociaciones público privadas que tengan por objeto la construcción de obra, deben (sic) gravadas por la estampilla"*[228].

En consecuencia, a los contratos de Asociación Público Privadas que tengan por objeto la construcción de una obra, sus conexos y a sus adiciones en dinero se les aplica la contribución parafiscal de la estampilla "Pro universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".

Respecto a los contratos de concesión, el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012[229] señala que estos están comprendidos dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas, razón por la cual quedan inmersos en el análisis realizado.

### E. ¿Existe alguna excepción en la ley para contratos celebrados bajo una modalidad contractual específica o en cumplimiento de su objeto social?

Como se indicó en precedencia, la Sala de Consulta en concepto No. 2229 del 7 de diciembre de 2008 indicó que "*para predicar la aplicación del artículo 5 de la Ley 1697 de 2013 [se refiere al hecho generador], basta con ser una entidad nacional de aquellas enunciadas expresamente por el artículo anteriormente transcrito [se refiere al artículo 2 de la Ley 80 de 1993] o que: i) se trate de una persona jurídica del orden nacional en la que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que se adopte o ii) sea un organismo o dependencia del Estado al que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos"*[230].

No contempla la ley ninguna excepción. Basta con que sea una entidad nacional de las señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 la que suscriba un contrato de obra, o un conexo a dicho contrato o adiciones en dinero para que se genere el tributo regulado por la Ley 1697 de 2013.

Esta inquietud es formulada por el Ministerio en virtud de los planteamientos que ha hecho Ecopetrol, indicando en el escrito de consulta que la argumentación de dicha entidad se fundamenta en que *"no celebra contratos de obra u obra pública tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sino que su actividad misional se ha desenvuelto principalmente en la estructuración y diseño de modelos contractuales propios de la industria petrolera, como los contratos de colaboración empresarial, en sus distintas modalidades, dentro de las cuales se destacan los contratos de asociación encaminados a la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos"*. Transcribe lo señalado por Ecopetrol respecto a los contratos que celebra en desarrollo de su objeto:

228 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2229 del 7 de diciembre de 2008. La siguiente cita es del original del texto: [35] Corte Constitucional. Sentencia C 595 de 2014.

229 Ley 1508 de 2012, artículo 2o. "***CONCESIONES.*** *Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. // Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración". El artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 señala: "****4o. Contrato de Concesión.*** *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".*

230 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2229 del 7 de diciembre de 2008.

*"(…) En este sentido, si bien estos contratos consisten en la construcción, mantenimiento, instalación y adecuación de obras civiles que comportan la ejecución de un trabajo material sobre bienes inmuebles, no puede desconocerse que los mismos se encuentran intrísecamente (sic) relacionados con el objeto social de Ecopetrol S.A., esto es, (a la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos), teniendo en cuenta que dichos contratos hacen referencia a la construcción de vías de acceso a los pozos petroleros, al mantenimiento y adecuación de subestaciones, terminales aéreas operativas y campos petroleros, las cuales constituyen actividades complementarias propias del sector de hidrocarburos que por subsumirse en la prenota excepción se hallan al margen del tributo"*

Se reitera que el hecho generador de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" es el contrato de obra, sus conexos y sus adiciones que suscriban las entidades del orden nacional señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Ecopetrol es una entidad del orden nacional de las señaladas en la norma indicada y los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos contemplan actividades de construcción, mantenimiento, instalación y adecuación de obras civiles que comportan la ejecución de un trabajo material sobre bienes inmuebles, es decir tienen un componente de contrato de obra que se constituye en el hecho generador, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley1697 de 2013.

La Sala ya se había pronunciado sobre el particular al señalar:

*"Para efectos de la aplicación de la estampilla [se refiere a la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"] y dentro del contexto de la consulta, se tienen como entidades nacionales las siguientes:*

*(…)*

***12. Ecopetrol:***

*La Ley 1118 de 2006 contempla que Ecopetrol es una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, y que se garantizará que la Nación conserve, como mínimo el ochenta por ciento (80%) de las acciones en circulación, con derecho a voto.*

*Sus estatutos están contenidos en la Escritura Pública No. 5314 del 14 de diciembre de 2007, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá, D. C., modificados por la Escritura Pública No. 560 del 23 de mayo de 2011, otorgada en la Notaría Cuarenta y Seis del Círculo Notarial de Bogotá, D. C. y la Escritura Pública No. 666 del 7 de mayo de 2013, otorgada en la Notaría Sesenta y Cinco del Círculo Notarial de Bogotá, D. C.*

*En dicha normativa se prevé que Ecopetrol S.A. es una Sociedad de Economía Mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.*

*(…)*

*Por otra parte es menester tener en cuenta que en las voces de la Ley 1697 el hecho generador* **"***está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional" y en tal medida estarían cobijados los contratos de obra que se celebren para la construcción de pozos petroleros o redes eléctricas, siempre que sean suscritos por las entidades a que se refiere el literal C de este concepto"*[231].

### F. Sujeto activo de la contribución parafiscal Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" – Administrador de la obligación tributaria: Función de fiscalización de la obligación tributaria - Función de dirección y administración del Fondo Nacional de las Universidades Estatales.

De conformidad con la Ley 1697 de 2013, la naturaleza jurídica[232] de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" es la de ser una *"contribución parafiscal con destinación específica para el fortalecimiento de las universidades estatales…"*[233].

El **sujeto activo** de la relación jurídico – tributaria creada por la Ley 1697 de 2013 es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), entidad que por tener tal posición jurídica ostenta la calidad de acreedor de la obligación tributaria[234].

La obligación tributaria ha sido definida por la jurisprudencia como un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, en donde estas tienen una obligación para con aquel de dar, hacer o no hacer. Adicionalmente, esta expresión contempla los siguientes elementos: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto u obligación y la causa que se concibe de dos formas: de manera remota que es la ley y de manera inmediata que es el hecho generador.

Señaló la Corte Constitucional refiriéndose al impuesto sobre las ventas, pero aplica al caso de estudio pues son los mismos elementos de todo tributo (impuestos, tasas y contribuciones), lo siguiente:

231 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2229 del 7 de diciembre de 2008.

232 La naturaleza jurídica de la estampilla es la de ser una contribución parafiscal. Esta modalidad impositiva forma parte del concepto genérico de tributo. La expresión tributo sin embargo, ha sido empleada por la doctrina en diversas acepciones bien como término genérico para referirse a las distintas clases de tributos o como sinónimo de impuesto. En palabras de Arango Mejía: *"En Colombia se ha venido empleando como expresión genérica de la tributación el término "contribución" y más bien la acepción "tributo" se utiliza como sinónimo de "impuesto". Sobre el particular, comenta el profesor Ramírez Cardona, que las incongruencias surgidas respecto de las diferentes expresiones existentes "se pueden evitar si se toma jurídicamente el concepto de tributo como sinónimo de impuesto y no como la expresión genérica que abarcaría impuestos, tasas y contribuciones especiales. / No obstante la opinión predominante de los tratadistas, la cual comparto, es la de utilizar la expresión genérica tributo por cuanto ella encierra la totalidad de las características que, como veremos, permiten luego individualizar las distintas especies que constituyen la clasificación jurídica de los tributos"*. (Arango Mejía, Álvaro. Derecho Tributario [Artículo Los Tributos]. Segunda Ed. Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Tributario ICDT, 2010, 134 p. ISBN Papel: 958-96623-0-7. La siguiente cita es del original del texto: [7] Derecho Tributario Sustancial y Procedimental. Alejandro Ramírez Cardona. 3 ed. Bogotá: Temis, 1985. P. 5).

233 Ley 1697 de 2013, artículo 2º.

234 Ley 1697 de 2013, artículo 7º. *"**Sujeto activo.** Como acreedor de la obligación tributaria del sujeto pasivo, determinado en el artículo 6º de la presente ley, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) será el sujeto activo en la relación jurídico-tributaria creada por esta ley".*

***"3. La obligación tributaria, el agente retenedor y el autorretenedor.***

*La obligación tributaria ha sido definida por esta corporación en varias oportunidades, siendo pertinente recordar la siguiente:*

*"La doctrina y la jurisprudencia hacen consenso al definir la obligación tributaria como un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, en virtud del cual éstas tienen para con el mismo el cumplimiento de una prestación que se desdobla en dar, hacer y no hacer. Concepción que a su vez se erige al amparo de los siguientes elementos integrantes: 1)* ***el sujeto activo*** *o acreedor, que es el Estado, el cual se concreta y particulariza a través de los correspondientes órganos y dependencias del orden nacional y territorial. 2)* ***el sujeto pasivo*** *o deudor, constituido por los contribuyentes y los no contribuyentes, sean personas naturales, jurídicas, sociedades, o asimiladas. 3)* ***el objeto*** *u obligación que consiste en dar, hacer y no hacer. Es decir,* ***dar:*** *en cuanto el sujeto pasivo tiene que pagar el valor del impuesto a cargo en efectivo, con títulos valores u otros medios económicamente idóneos;* ***hacer:*** *que se traduce en una serie de actos positivos, tales como declarar, retener en la fuente, certificar esa retención, e informar en los casos y condiciones que la Administración Tributaria lo exija con arreglo a la Constitución y la ley. Conductas que por otra parte explican el hecho de que los no contribuyentes sean considerados sujetos pasivos de la obligación fiscal, pues según se aprecia, el carácter de sujeto pasivo no es exclusivo de quienes están obligados a pagar. Antes bien, el simple llamado o invitación a un no contribuyente para que rinda legalmente cierta información ante la Administración Tributaria, lo hace sin más sujeto pasivo de la obligación tributaria;* ***no hacer,*** *que implica una abstención, entendida ésta como la prohibición legal de evadir o eludir el tributo. 4)* ***la causa,*** *que es de dos naturalezas, a saber: causa remota, o sea la ley misma, por cuanto no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca; causa inmediata, o sea el hecho económico, también conocido como hecho generador o hecho imponible. El cual constituye la materia prima de la base gravable obtenida a través del procedimiento denominado depuración de la renta. Base que por ende soporta la aplicación de la tarifa correspondiente, a fin de establecer el monto impositivo a cargo del sujeto pasivo".*[1]

*En el ámbito del impuesto sobre la renta y complementarios, en cuanto al sujeto activo y al sujeto pasivo de la obligación impositiva conviene agregar:*

*3.1. Dentro de un espectro más amplio el* ***sujeto activo comporta una configuración compleja que abarca la creación del tributo, su administración, recaudo y ejecución presupuestal en términos de gasto.*** *Teniéndose al respecto:* ***i)*** *el Congreso, las asambleas y concejos son competentes para imponer tributos en tiempos de paz, sin perjuicio de la potestad presidencial para establecer nuevos tributos o modificar los existentes en los estados de excepción;* ***ii) la administración de los tributos de los diferentes órdenes reside particularmente en la DIAN, en las secretarías de hacienda territoriales y en las demás entidades o dependencias que determine la ley y el reglamento, concentrándose su función –por regla general– en las labores de fiscalización, determinación, discusión, cobro, devolución y contabilización de las respectivas exacciones; iii)*** *el recaudo, que hoy le compete a la red bancaria*[2] *en lo*

*relativo a los impuestos administrados por la DIAN, advirtiendo que en el plano territorial este proceder ha venido ganando amplio arraigo institucional;* ***iv)*** *previo el ejercicio de unidad de caja,[3] y una vez situados los recursos en las diferentes entidades del Estado, los respectivos ordenadores del gasto proceden a ejecutar presupuestal y monetariamente las partidas apropiadas"*[235]. (Resaltado nuestro)

La **función de fiscalización tributaria** ha sido definida por la doctrina como aquella facultad que tiene la administración tributaria encaminada a asegurar el efectivo cumplimiento de normas sustanciales, es decir a través de dicha función se vigila el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes y las correspondientes consecuencias jurídicas en caso de que no se cumplan con dichas obligaciones:

*"La fiscalización es la actividad administrativa que tiene por objeto el examen de las declaraciones y autoliquidaciones de los obligados tributarios, así como la investigación de lo que puedan haber ocultado –lo que no hayan declarado– o falseado en su declaración; actuaciones que han de sustanciarse en el procedimiento que se abra contra el sujeto obligado a autoliquidar el impuesto. Tal función se desarrolla mediante las potestades de fiscalización que enumera el artículo 684 del etc., las cuales pueden agruparse en los conceptos de comprobación e investigación: se comprueba lo declarado y se investiga lo no declarado[10]; tras lo cual, si fuere del caso, deberá continuar el procedimiento mediante la regularización de la situación tributaria del obligado con la expedición de los actos administrativos preparatorios –requerimientos, emplazamientos, inspecciones– que son necesarios para la expedición de las liquidaciones oficiales. Se trata entonces de una función de naturaleza inquisitiva destinada a documentar las averiguaciones que se harán valer como prueba en el procedimiento de liquidación administrativa del tributo y, por tanto, podemos decir que busca el conocimiento de la realidad económica y jurídica que constituye el sustrato de los hechos imponibles. Para el cabal ejercicio de esta función, la administración debe adelantar actividades que en principio implican la comprobación de valores, pero que bien entendidas también comprenden la valoración del proceso de aplicación de las normas efectuado por el contribuyente objeto de la revisión. Bajo esta expresión –aplicación– se engloban todas las actividades que implica el juicio de determinación de consecuencias jurídicas, a saber: la calificación de los hechos, la interpretación de las normas seleccionadas como aplicables al caso y la subsunción de los hechos calificados –premisa menor– en la interpretación efectuada de dichas normas –premisa mayor–, para así atribuirle una consecuencia jurídica tributaria a la situación fáctica valorada. Igualmente, en el curso de la fiscalización la administración debe establecer si los obligados tributarios han incurrido en conductas tipificadas como infracciones tributarias, investigación punitiva con la cual, si es el caso, se da inicio al procedimiento administrativo sancionador[11]"*[236].

235 Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 2003.

236 Piza Rodríguez, Julio Roberto. La función de fiscalización tributaria en Colombia. *Revista de Derecho Fiscal* número 7, Universidad Externado de Colombia [en línea]. 235 p. [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017]. Disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/3934/4227 ISSN: 1692-6722. La siguiente cita es del original del texto: [11] Artículos 574, 588, 589, 591, 596, 602 y 606 del et, para los impuestos sobre la renta, iva y la retención.

Estas funciones de fiscalización están definidas en el Estatuto Tributario, de la siguiente manera:

> ***"Artículo 684. Facultades de fiscalización e investigación.*** *La Administración Tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales.*
>
> *Para tal efecto podrá:*
>
> *a. Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario.*
>
> *b. Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados.*
>
> *c. Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios.*
>
> *d. Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados.*
>
> *e. Ordenar la exhibición y examen parcial de los libros, comprobantes y documentos, tanto del contribuyente como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad.*
>
> *f. En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación.*
>
> *g. <Literal adicionado por el artículo 130 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las facultades de supervisión de las entidades de vigilancia y control de los contribuyentes obligados a llevar contabilidad; para fines fiscales, la DIAN cuenta con plenas facultades de revisión y verificación de los Estados Financieros, sus elementos, sus sistemas de reconocimiento y medición, y sus soportes, los cuales han servido como base para la determinación de los tributos.*
>
> ***Parágrafo.*** *<Parágrafo adicionado por el artículo 275 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> En desarrollo de las facultades de fiscalización, la Administración Tributaria podrá solicitar la transmisión electrónica de la contabilidad, de los estados financieros y demás documentos e informes, de conformidad con las especificaciones técnicas, informáticas y de seguridad de la información que establezca el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*
>
> *Los datos electrónicos suministrados constituirán prueba en desarrollo de las acciones de investigación, determinación y discusión en los procesos de investigación y control de las obligaciones sustanciales y formales".*

En consecuencia, dado que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) es el sujeto activo de la contribución estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" es de su competencia ejercer la fiscalización de la misma, en los términos de ley.

Finalmente, cabe precisar que la función asignada al Ministerio de Educación Nacional en relación con la contribución, es la de dirigir y administrar el Fondo Nacional de las Universidades Estatales creado por la Ley 1697 de 2013 "*para recaudar y administrar los recursos provenientes de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"*[237], función entendida como la atribución de gerenciar (funciones administrativas, financieras y contables) y distribuir unos recursos públicos en los términos del artículo 11 de la Ley 1697 de 2013:

> *"a) Desarrollar las operaciones administrativas, financieras y contables del Fondo, de acuerdo con las normas reguladoras de estas materias.*
>
> *b) Velar porque ingresen efectivamente al Fondo los recursos provenientes de la presente Estampilla.*
>
> *c) Distribuir los recursos del Fondo de acuerdo con lo estipulado en la presente ley.*
>
> *d) Elaborar la proyección anual de ingresos y gastos y los indicadores de gestión.*
>
> *e) Rendir informes que requieran organismos de control u otras autoridades del Estado.*
>
> *f) Las demás relacionadas con la administración del Fondo"*[238].

### G. Proceso de cobro coactivo – Actos administrativos

La DIAN como sujeto activo y acreedor de la obligación tributaria está facultada para hacer el cobro coactivo de los recursos de la Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"[239].

Este cobro coactivo se realiza de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006[240] disposición que refiere al procedimiento definido en el Estatuto Tributario.

---

237 Ley 1697 de 2013, artículo 10.

238 Ley 1697 de 2013, artículo 11. Estas mismas funciones están contenidas en el artículo 4º del Decreto 1050 de 2014 (este último compilado en el artículo 2.5.4.1.1.4. del Decreto 1075 de 2015).

239 Decreto 1050 de 2014, artículo 11: "***Cobro Coactivo.*** *El cobro coactivo de los recursos por Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, se realizará de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006 y estará a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), según lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1697 de 2013 sobre el acreedor de la obligación tributaria creada…*"

240 Ley 1066 de 2006, artículo 5°: "***Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas.*** *Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario. // <Inciso adicionado por el artículo 370 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las entidades públicas de que trata el inciso anterior, podrán vender la cartera coactiva que tengan a su cargo a la entidad estatal colectora de activos públicos Central de Inversiones CISA S. A., quien tendrá para el efecto la facultad de cobro coactivo de los créditos*

El proceso de cobro coactivo administrativo es una prerrogativa que se le concede a la administración para que ejecute una deuda respecto de la cual ella misma es acreedora, sin necesidad de acudir a un trámite judicial.

Los títulos ejecutivos que prestan mérito ejecutivo dentro de un proceso de cobro coactivo regulado por las disposiciones del Estatuto Tributario están definidos por el artículo 828, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 828. Títulos ejecutivos.** Prestan mérito ejecutivo:*
>
> *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".*

Como se indicó, las entidades contratantes hacen la retención de las sumas correspondientes a la contribución parafiscal de la estampilla de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista y en el momento en que se efectúa el mismo. Los actos mediante los cuales el pagador liquida y retiene el tributo pueden ser impugnados de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). No obstante es a la DIAN como sujeto activo de la obligación tributaria, cuando observe que una entidad no efectuó la retención o la hizo incorrectamente, la que tiene la facultad de liquidar dicha contribución y hacerla exigible al deudor de la misma, sin perjuicio de adelantar las actuaciones a que haya lugar contra las entidades y los funcionarios que omitieron su deber de retener.

---

*transferidos, conforme al procedimiento establecido en el Estatuto Tributario. Los procesos de cobro coactivo ya iniciados que se transfieran a CISA, continuarán su trámite sin solución de continuidad".*

Las entidades contratantes una vez efectuada la retención deben transferir los recursos a la cuenta que se defina para tal fin y dentro de los plazos señalados en el artículo 7º del Decreto 1050 de 2014. Si incumplen dicha obligación los funcionarios responsables se harán acreedores a las sanciones correspondientes.

El Ministerio de Educación Nacional debe velar porque los recursos ingresen efectivamente al Fondo. Si esto no sucede debe informar al acreedor de la obligación tributaria (DIAN) para que en ejercicio de su función de fiscalización inicie el trámite pertinente para el cobro de dichos recursos, previo a la elaboración de la liquidación del tributo con los intereses generados.

La DIAN como sujeto activo de la obligación tributaria cuando observe que una entidad no efectuó la retención o la hizo incorrectamente, tiene la facultad de liquidar dicha contribución y hacerla exigible al deudor de la misma, sin perjuicio de adelantar las actuaciones a que haya lugar contra las entidades y los funcionarios que omitieron su deber de retener. Toda la documentación que se genere en las entidades obligadas a hacer la retención de las sumas correspondientes a la contribución y en el MEN como administrador y director del Fondo, sirven de prueba para que la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, en ejercicio de su función de fiscalización, adelante las actuaciones tendientes a determinar la contribución, sin perjuicio de las demás pruebas obtenidas dentro de la investigación que lleve a cabo para tal fin.

Esta liquidación que hace la DIAN es la que sirve de título ejecutivo para iniciar el proceso de cobro coactivo. Efectuada la liquidación si el contribuyente no paga, la DIAN debe producir un mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes con sus intereses[241], el cual debe ser notificado al responsable de la obligación. Es importante señalar que en el procedimiento de cobro coactivo por regla general no proceden recursos excepto cuando de manera expresa se señalen para las actuaciones definitivas[242].

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

## III. La Sala responde:

1. *Siendo la contribución establecida en la Ley 1697 de 2013 de carácter específico: ¿Para determinar la base gravable y fijar la tarifa correspondiente a la misma, cuando se presentan adiciones al contrato inicial, se deben tener en cuenta los principios y normas del derecho tributario o del derecho administrativo?*

241 Estatuto Tributario, artículo 826. "***Mandamiento de pago.*** *El funcionario competente para exigir el cobro coactivo, producirá el mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes más los intereses respectivos. Este mandamiento se notificará personalmente al deudor, previa citación para que comparezca en un término de diez (10) días. Si vencido el término no comparece, el mandamiento ejecutivo se notificará por correo. En la misma forma se notificará el mandamiento ejecutivo a los herederos del deudor y a los deudores solidarios.*
*Cuando la notificación del mandamiento ejecutivo se haga por correo, deberá informarse de ello por cualquier medio de comunicación del lugar. La omisión de esta formalidad, no invalida la notificación efectuada. //* ***Parágrafo.*** *El mandamiento de pago podrá referirse a más de un título ejecutivo del mismo deudor".*

242 Estatuto Tributario, artículo 833-1. "***Recursos en el procedimiento administrativo de cobro.*** *<Artículo adicionado por el artículo 78 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Las actuaciones administrativas realizadas en el procedimiento administrativo de cobro, son de trámite y contra ellas no procede recurso alguno, excepto los que en forma expresa se señalen en este procedimiento para las actuaciones definitivas".*

Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" es la de ser una contribución parafiscal, en todo lo relacionado con los elementos de dicho tributo y de manera específica con la aplicación de la base gravable y la tarifa se deben seguir los principios del derecho tributario.

2. *En caso de que un contrato de obra suscrito después de la entrada en vigencia de la Ley 1697 de 2013 sea objeto de una adición en dinero ¿La base gravable y la tarifa que se le debe aplicar en virtud del artículo 8º de la Ley 1697 de 2013, se determina en forma independiente según el valor que tenga el contrato inicial y el valor de cada adición, o se debe fijar en razón del valor total o final del contrato, sumando el valor inicial y el de sus adiciones?* y,

3. *Si la tarifa establecida en la Ley 1697 de 2013, debe fijarse tomando el valor total o final del contrato (valor inicial + adiciones) y eso genera cambio en la tarifa que debe aplicarse en virtud de la mencionada norma: ¿Cómo debe procederse en relación con las retenciones realizadas con la tarifa anterior y cómo en relación con la diferencia que se genera en la liquidación de la contribución? ¿Cómo se debe proceder cuando sea necesario liquidar la contribución parafiscal de un contrato que ya esté finalizado?*

La base gravable y la tarifa que debe aplicarse se determina teniendo en cuenta el valor total del contrato, es decir su valor inicial más sus adiciones en dinero.

Si se genera un ajuste de la base gravable como consecuencia de la adición al valor del contrato, los pagadores de las entidades nacionales contratantes deben realizar las reliquidaciones a lo ya retenido aplicando la tarifa correspondiente a la base gravable ajustada. En todo caso, antes de realizarse el último pago pactado se debe verificar de acuerdo con el valor total del contrato (valor inicial + adiciones), en qué base se ubica definitivamente el mismo para así proceder a hacer los reajustes respectivos y el correspondiente recaudo.

Si la entidad contratante incumple con su obligación de hacer las retenciones correspondientes será responsable de conformidad con la ley.

4. *El artículo 11 de la Ley 1697 de 2013 le asigna a este Ministerio funciones de Dirección y administración del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia; en virtud de esa norma, o de cualquier otra vigente ¿Tiene el Ministerio de Educación Nacional funciones de fiscalización frente a la contribución creada por esa Ley? En caso afirmativo: ¿Cuál es el alcance de esas funciones"?*

La función de fiscalización de la contribución parafiscal estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" es de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) por ser dicha entidad el sujeto activo y acreedor de la contribución.

La función asignada al Ministerio de Educación Nacional de administrar y dirigir el Fondo Nacional de las Universidades Estatales está orientada a gerenciar (funciones administrativas, financieras y contables) y distribuir unos recursos públicos que se recaudan en beneficio de las universidades estatales.

5. ¿Los actos administrativos que se generen *para establecer el valor de la deuda que alguna entidad encargada de retener tiene con el Fondo Nacional de las Universidades estatales de Colombia, prestan mérito ejecutivo para que la DIAN pueda iniciar el proceso de cobro coactivo?*

Es la liquidación que hace la DIAN la que sirve de título ejecutivo para iniciar el proceso de cobro coactivo, en los términos expuestos en este concepto.

6. *¿Cuál es la entidad competente para determinar la base gravable del mencionado tributo, la tarifa aplicable a los respectivos contratos y sus adiciones, liquidarlo, determinar su monto y expedir los actos administrativos que dicha función conlleva? // ¿Cuál es el trámite y cuáles las normas aplicables para la gestión y expedición de esos actos administrativos? // ¿Estos actos administrativos prestan mérito ejecutivo? // ¿Contras estos actos administrativos proceden o no recursos en la vía administrativa? // ¿En caso afirmativo cuál es su trámite y cuáles las normas aplicables a esos recursos?*

La base gravable, la tarifa, así como los demás elementos del tributo, son de reserva legal por así disponerlo la Constitución Política en su artículo 338. Por lo tanto, el funcionario competente de efectuar los pagos al contratista es quien debe liquidar la contribución de conformidad con la base gravable y la tarifa, en los términos señalados por el artículo 8 de la Ley 1697 de 2013, hacer la retención de la misma y remitir dichos recursos al Fondo a la cuenta que se determine para tal fin, dentro de los plazos estipulados en el Decreto 1050 de 2014. Los actos mediante los cuales el pagador liquida y retiene el tributo pueden ser impugnados de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). No obstante es a la DIAN como sujeto activo de la obligación tributaria, cuando observe que una entidad no efectuó la retención o la hizo incorrectamente, la que tiene la facultad de liquidar dicha contribución y hacerla exigible al deudor de la misma, sin perjuicio de adelantar las actuaciones a que haya lugar contra las entidades y los funcionarios que omitieron su deber de retener.

7. *Teniendo en cuenta que las empresas de servicios públicos con participación accionaria de la Nación igual o inferior al 50% son entidades descentralizadas indirectas, que tienen la categoría de entidad del orden nacional, previstas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993: ¿Estas empresas de servicios públicos están obligadas a practicar la retención de la contribución parafiscal objeto de consulta? En caso afirmativo ¿La retención de la contribución parafiscal de estas empresas bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley (estatal, mixta o privadas) debe ser practicada independiente de la naturaleza de los recursos (propios o del presupuesto general de la Nación)?*

Las empresas de servicios públicos que tengan una participación accionaria de la nación igual o inferior al 50% no son entidades estatales para efecto de retener los dineros correspondientes a la contribución parafiscal regulada por la Ley 1697 de 2013. Lo anterior, por cuanto el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 señala como entidad estatal a las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que el Estado tenga participación superior al 50%, tal como se explicó en la parte considerativa de este concepto.

8. *¿Los contratos de concesión o los suscritos bajo la modalidad de alianza público privadas previstas en la Ley 1508 de 2012 por una entidad de orden nacional, con el objeto de celebrar un contrato de obra, conexos de obra o adición, están gravados con la contribución parafiscal prevista en la Ley 1697 de 2013?*

Los contratos de Asociación Público Privadas y los de concesión que tengan por objeto la construcción de una obra, sus conexos y sus adiciones en dinero, se les aplica la contribución parafiscal de la estampilla "Pro universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", tal como se indicó mediante el concepto 2229 del 7 de diciembre de 2008 proferido por esta Sala.

9. *¿Existe alguna entidad del orden nacional de las previstas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, exceptuada de practicar la retención de la contribución parafiscal, en razón a que los contratos de obra, contratos conexos de obra y adiciones, los desarrolle bajo alguna modalidad contractual específica o en cumplimiento de su objeto social, como lo argumenta Ecopetrol S.A.?*

No contempla la ley ninguna excepción para practicar la retención de la contribución parafiscal. Basta con que sea una entidad nacional de las señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 la que suscriba un contrato de obra, o un conexo a dicho contrato o adiciones en dinero para que se genere el tributo regulado por la Ley 1697 de 2013.

En el caso de Ecopetrol, independiente de la actividad contractual específica que realice, si en dichos contratos se contemplan actividades de construcción, mantenimiento, instalación y adecuación de obras civiles que comportan la ejecución de un trabajo material sobre bienes inmuebles, es decir tienen un componente de contrato de obra, o tienen componente de contratos conexos a los de obra, se constituye el hecho generador de la contribución tal como lo señala el artículo 5 de la Ley 1697 de 2013. Esto ya lo había señalado la Sala en concepto 2229 del 7 de diciembre de 2008.

10. *Al momento de calcular y determinar la base gravable de la contribución establecida en la Ley 1697 de 2013: ¿Cuáles conceptos o gravámenes se deben descontar de la misma?*

De conformidad con el artículo 8 de la Ley 1697 de 2013 la base gravable es determinada por **el valor del contrato de obra y por el valor de sus contratos conexos**. La ley no señala la posibilidad que se le apliquen descuentos al valor del contrato para efectos de determinar la base gravable, en consecuencia es el valor pactado más sus adiciones el

que define la base gravable y por ende la tarifa a aplicar para efecto de la retención de la estampilla.

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional 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. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

**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**

Fecha: 05/09/2018
Consejero Ponente: *Édgar González López*
Levantamiento de la reserva mediante oficio OFI 18-35518- OAJ-1400 del 7 de septiembre de septiembre de 2018

El Ministro del Interior formula a la Sala una consulta relacionada con los contratos de prestación de servicios de mantenimiento sobre bienes muebles e inmuebles celebrados por esa entidad. En concreto, si estos contratos pueden ser considerados contratos de obra y por tanto estarían gravados con la contribución "Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".

## I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta se hace un recuento de los siguientes hechos y consideraciones, los cuales están referidos a las posturas expresadas por el Ministerio del Interior (consultante) y por el Ministerio de Educación.

### I. Postura del Ministerio del Interior

1. El Ministerio del Interior ha celebrado contratos de prestación de servicios de mantenimiento que han tenido como objeto arreglos locativos en las diferentes sedes de ese ministerio.

2. De acuerdo con la denominación utilizada por el Ministerio, los contratos de prestación de servicios de mantenimiento fueron estructurados con el siguiente objeto:

   *"Prestación del servicio de mantenimiento preventivo y correctivo con suministro de personal, materiales y repuestos para los sistemas de agua potable, red eléctrica, redes hidrosanitarias (fontanería), aires acondicionados y los arreglos locativos para las sedes del ministerio del interior, conforme a las unidades de medida y las especificaciones relacionadas en los estudios previos y el anexo 7 del presente pliego".*

3. El Ministerio del Interior ha celebrado diversos contratos de prestación de servicios con el objeto de atender las necesidades de mantenimiento "mobiliario e inmobiliario" de las diferentes sedes del Ministerio[243]. Al respecto, menciona que la celebración de dichos contratos no está sujeta a una programación y que en este tipo

243 Menciona el Ministerio del Interior, que los arreglos se refieren a: "cambios de chapas de escritorios y puertas, adecuaciones de puestos de trabajo, reparación de lámparas, apertura de escritorios y arreglo mobiliario, traslado de escritorios, instalación de vidrios, arreglos eléctricos menores, reparación de humedades y goteras, destape de instalaciones hidráulicas, provisión de tornillería para arreglos menores, pintura, arreglos de cortinas, cambio de llaves por goteo, entre otros"

de contratos, "*las necesidades surgen a medida que se demanden por parte de los usuarios de las sedes del Ministerio, de manera que la cantidad de requerimientos o servicios no pueden ser previstas al momento de celebrar el contrato"*[244].

4. Igualmente menciona, que los compromisos presupuestales de estos contratos "se han financiado mediante la afectación a dos rubros, el denominado "mantenimiento de bienes inmuebles" y el denominado "otros materiales y suministro".

   Señala que si bien el gasto se financia parcialmente con el rubro denominado "mantenimiento de bienes inmuebles", ello no implica que "tales acuerdos de voluntades se conviertan en contratos de obra", pues lo que determina la naturaleza del contrato son sus obligaciones, ya que el título del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) no es factor para determinar ni calificar los contratos que se suscriban con dichos recursos[245].

5. Para el Ministerio del Interior, este tipo de contratos no corresponden a los contratos de obra regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por lo tanto, no se encuentran gravados con la "Estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", por las siguientes consideraciones:

   a. El concepto de mantenimiento incluye el pago de los gastos necesarios para la conservación y funcionamiento de bienes muebles e inmuebles.

   b. La ejecución del contrato de prestación de servicios de mantenimiento no conlleva como resultado una obra pública, pues solo tiene como objeto atender las necesidades del servicio que surgen cotidianamente en las diferentes sedes del Ministerio del Interior.

   c. En aplicación del criterio de interpretación sistemática de los contratos que menciona el artículo 1622 del Código Civil, el contrato de prestación de servicios de mantenimiento no es equivalente al contrato de obra en los términos de la Ley 1697 de 2013.

7. La entidad destaca la descripción del servicio de mantenimiento en los contratos celebrados por la Entidad. Al respecto, en el estudio previo del contrato M-448 de 2014, se puede evidenciar el contenido y alcance del objeto contractual, a saber:

   *"…las actividades programadas corresponden a las solicitudes radicadas por los funcionarios interesados con la debida anticipación establecida en la Subdirección Administrativa y Financiera, según el supervisor del contrato y las actividades imprevistas son los requerimientos que se presentan en la actividad diaria propia de la entidad y que por sus características deben atenderse en el*

244 Punto 2.1.2. de la consulta, p. 5
245 Punto 2.1.3. de la consulta, p. 5

*menor tiempo posible, por lo tanto, no son susceptibles de ningún tipo de programación"*[246].

8. La entidad consultante señala que el contrato de mantenimiento es amplio y permite que la entidad pague o cancele todos los gastos necesarios para su conservación y normal funcionamiento.

   En forma adicional, cita el artículo 13 del Estatuto de Contratación Estatal (ECE), el cual señala que los contratos estatales regulados por este Estatuto se rigen por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes.

   Bajo este supuesto, cita como fundamento de sus afirmaciones el artículo 501 del Código Civil, el cual consagra las cosas que son de la esencia del contrato, para colegir que en el presente caso la esencia de los contratos que consulta corresponden a la prestación de un servicio de mantenimiento.

9. Por todas estas razones, el Ministerio consultante considera que "el contrato de prestación de servicios de mantenimiento" no es equivalente a un contrato de obra, en los términos gravados por la Ley 1697 de 2013.

10. En cuanto al contenido de los contratos de obra y de prestación de servicios, el Ministerio presenta a consideración algunos elementos que, a su juicio, permiten tipificar y diferenciar uno de otro. Entre ellos, menciona que los contratos de prestación de servicio de mantenimiento que celebra tienen en general, las siguientes características:

    a. Son realizados por demanda del servicio de las diferentes áreas del Ministerio, como se advierte en los estudios previos, de lo cual colige su carácter de contrato de prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo, para efectuar reparaciones de diferentes clases, entre las cuales cita las áreas eléctricas, de carpintería, plomería, albañilería, impermeabilización247, según los términos textuales señalados en la etapa de planeación de unos de sus contratos.

    b. En los contratos no se incorpora el rubro destinado a administración, imprevistos y utilidades (AIU), el cual debe preverse en los contratos de obra pública, lo cual se comprueba con la revisión de las diferentes órdenes de servicio atendidas.

    c. Se trata de contratos que tienen como finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad y por lo tanto, resultan consonantes con lo previsto en el artículo 32, numeral 3º del ECE.

246 Numeral 2.1.1. del contrato de prestación de servicios M-448 de 2014
247 Estudios previos contrato M-448 de 2014

11. Asimismo, señala que desde la etapa preparatoria, se contempló que las áreas a desarrollar debían tener un personal que tuvieran las capacidades técnicas para atender todas las necesidades por demanda del servicio en las diferentes sedes del Ministerio.

    Al respecto, el estudio previo contempló:

    > *"El contratista debe suministrar el personal mínimo…; dentro de los técnicos toderos debe incorporar uno que conozca y sea técnicamente capacitado y entrenado para atender los servicios de cerrajería tales como: apertura de chapas, cambio de guardas, elaboración de duplicados de llaves y demás relacionado"*

12. En cuanto al tributo, la entidad hace alusión al pronunciamiento de la DIAN del 27 de abril de 2016[248], según el cual, el hecho generador del gravamen es "…*la suscripción de contratos de obra pública…*" entre ellos, la "…*recuperación de inmuebles para entidades públicas…*". Por ello, concluye que ese no es el caso de *"los contratos de prestación de servicios de mantenimiento".* Al respecto, recuerda que los conceptos de la DIAN aunque no tienen alcance normativo de una ley, no puede desconocerse lo previsto en el artículo 264 de la Ley 223 de 1995[249].

13. Bajo estas premisas, el Ministerio considera que los contratos de prestación de servicios por mantenimiento siempre se estructuraron para satisfacer las necesidades por demanda del servicio de las diferentes sedes del Ministerio y no constituyen un contrato de obra que cause el hecho generador de la "Estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", definida en el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013.

## II. Postura del Ministerio de Educación Nacional (MEN)

Para esta cartera, los contratos celebrados por el Ministerio del Interior son contratos de obra, pues se refieren a obras materiales sobre los inmuebles donde funciona la entidad.

Señala que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1697 de 2013, no distinguen el tipo de bienes inmuebles sobre los cuales recae el contrato de obra pública, y por ende, se debe entender que la Estampilla grava todos los contratos que supongan la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles, incluyendo los inmuebles por adhesión o destinación.

Finalmente menciona, que la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto 2271[250], señaló que los contratos que tengan por objeto el mantenimiento de bienes inmuebles son considerados por la Ley 80, contratos de obra.

Estos argumentos no son compartidos por el Ministerio del Interior, el cual reitera al final de la consulta la necesidad, de calificar los contratos que impliquen mantenimiento

248 Oficio 100208221-000356

249 Esta norma alude a la facultad de los contribuyentes para sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y la jurisdiccional en los conceptos escritos de la Subdirección Jurídica de la DIAN.

250 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2271 del 10 de mayo de 2016

de bienes inmuebles como contratos de prestación de servicios, con similares argumentos a los expuestos inicialmente.

Finalmente, la entidad consultante alude al concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública del 8 de junio de 2017, en el cual, según en el aparte textual transcrito, señala que no toda actividad material sobre un bien inmueble es una obra pública. Por ello, la entidad considera que debe hacerse una interpretación teleológica del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con los artículos 656 a 658 de Código Civil, y de esta forma tener en cuenta los objetivos y fines con la obra pública. Por tanto, y según el texto, deben analizarse los conceptos de bienes inmuebles por adhesión o por destinación para el beneficio de los inmuebles.

14. Con base en las anteriores consideraciones, el Ministro del Interior formuló las siguientes preguntas:

> *"1.¿Los contratos de prestación de servicios de mantenimiento y arreglos locativos para las sedes de la entidad (que implican suministro de personal, materiales y repuestos para los sistemas de agua potable, redes eléctricas, redes hidrosanitarias (fontanería), aires acondicionados y los arreglos locativos) encuadran en la tipología de los contratos de obra prevista en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP), o se trata de contratos de prestación de servicios en los términos previstos en el numeral 3º del artículo 32 ibídem, para efectos de lo previsto en la Ley 1697 de 2013?*
>
> *2. Según la respuesta dada a la inquietud anterior, ¿cuál sería el trámite que debe adelantar el Ministerio del Interior para cancelar el pago de esa obligación tributaria sobre los contratos de prestación de servicios de mantenimiento suscritos con anterioridad?"*

## II. CONSIDERACIONES

### A. Problemas jurídicos

Del contexto fáctico y normativo de la consulta y de las preguntas formuladas por el Ministerio del Interior se extraen los siguientes problemas jurídicos:

i) Si los servicios de mantenimiento y arreglos locativos que se realizan para las sedes de la entidad, en los términos descritos por el Ministerio del Interior, corresponden a la tipología del contrato de obra pública o del contrato de prestación de servicios, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, para determinar si estas actividades resultan gravadas en los términos previstos en la Ley 1697 de 2013.

ii) En caso afirmativo, cuál sería el trámite que debe realizar la entidad para cancelar el pago de las contribuciones causadas sobre los contratos suscritos con anterioridad a esta consulta.

## B. Análisis jurídico

### Consideración previa

El Ministerio consultante hace referencia a distintos contratos que ha celebrado para el mantenimiento del mobiliario e inmobiliario de sus sedes administrativas, que incorporan o pueden incorporar diferentes prestaciones relacionadas con la actividad de mantenimiento y mejoras locativas[251].

Por esta razón, para absolver la consulta se tendrá en cuenta el objeto bajo el cual fueron estructurados estos contratos y reseñados en el numeral 2.1.1 de la consulta, como punto esencial de su solicitud, esto es, mantenimiento preventivo y correctivo con suministro de personal, materiales y repuestos para los sistemas de agua potable, red eléctrica, redes hidrosanitarias (fontanería), aires acondicionados y los arreglos locativos para las sedes del Ministerio del Interior, los cuales son contratos por unidades de medida.

Para resolver los problemas jurídicos enunciados, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: 1. El régimen jurídico del contrato estatal de obra. 2. El régimen jurídico del contrato de prestación de servicios y 3. La contribución "Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", y su forma de pago.

### 1. Régimen jurídico del contrato estatal de obra

#### a. Objeto del contrato de obra

El numeral 1º del artículo 32 del ECE, define el contrato de obra como aquél cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago[252]. Debe entenderse necesariamente que la parte contratante corresponde a una entidad estatal, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley 80 de 1993. Al respecto dispone:

(…)

***1o. Contrato de Obra***

*Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*

Con esta definición, el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una

251 En la consulta se citan diferentes contratos a titulo enunciativo que incorporan prestaciones específicas de mantenimiento, las cuales pueden tener diferencias según la necesidad que pretende satisfacer y sus estudios previos. Por esta razón, la Sala se referirá al objeto de estos contratos en los términos señalados por el Ministerio consultante.

252 Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2229 del 7 de diciembre de 2015.

parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles[253].

La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993.

El legislador acogió entonces el criterio restrictivo de obra pública, que se diferencia del concepto más amplio, también reconocido en la doctrina comparada, del *"trabajo público"*[254], y lo limitó a un trabajo material sobre bienes inmuebles[255].

### b. Prestaciones incorporadas en el contrato de obra.

Ahora bien, es importante referirse a las diferentes prestaciones de obra que puedan realizarse sobre un bien inmueble y las formas como están previstas en el Estatuto de Contratación en Colombia y en el derecho comparado.

En términos generales, el contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.

Para García De Enterría el contrato de obras es la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. En cuanto a su objeto y contenido señala:

---

253 En la legislación española, desde antes de la Ley 9 de 2017, el contrato de obra ha estado referido a una actividad sobre un bien inmueble o a la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo. Al respecto, el artículo 232 del L.C.S.P. clasifica las obras en cuatro grupos: obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, restauración y rehabilitación; obras de reparación simple; obras de conservación y mantenimiento y obras de demolición. El primer grupo se caracteriza por ser aquellas que dan lugar a la creación de un bien inmueble. Los restantes tipos de obra están referidas a inmuebles preexistentes. En todos los casos, se trata de obras relacionadas con bienes inmuebles. En el mismo sentido, la doctrina señala que este contrato se caracteriza por la realización de una obra "de ingeniería civil" relativa a bienes inmuebles o sobre bienes inmuebles. Cfr. Comentarios a la Ley de los Contratos de las Administraciones Públicas. Director Rafael Gómez- Ferrer Morant. 1996 Preparación y Adjudicación del contrato de obras. Miguel Sánchez Morón y Jesús García Torres. Civitas Madrid, p. 648 y 649.
En la legislación argentina, la noción de obra apareja la idea de trabajo público, y para un sector de la doctrina puede referirse a muebles, inmuebles y objetos materiales. Marienholf Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo IIIA. Editorial Abeledo – Perriott 1983, p. 518. Escola Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos.* De Palama. Argentina 1979. Parte especial. De Palma, Argentina. 1979.

254 Lasso Sayagues Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II.* Tercera edición. Montevideo, p. 86 y s.s. DE Laubadere *André* Manuela de *Derecho Administrativo.* Editorial Temis.1984, p. 822. Se menciona la noción de trabajo público (travail public), más amplia que la obra pública (ouvrgae public), en la medida en que incorpora ciertos trabajos no limitados a los bienes inmuebles de la cañería, y las máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo.

255 García de Enterría y Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I.* Décimo Sexta Edición. Civitas. Thomson Reuters. Reimpresión 2014, p. 776 y 777" *El contrato de obra es la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Esta definición tradicional ha sido sustituida en el vigente texto refundido LCSP (artículo 6) por otra más abstracta y mucho menos expresiva que entiende por obra "el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica que tenga por objeto un bien inmueble ", sustitución que no tiene mayor trascendencia, ya que los trabajos que pueden ser objeto de este contrato. La esencia de este contrato está en su configuración como una locatio operis, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del riesgo y ventura".*

*"Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Esta definición fue sustituida (…) por otra más abstracta y mucho menos expresiva que entiende por "obra el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica que tenga por objeto un bien inmueble", sustitución que no tiene mayor trascendencia…"*[256].

La amplitud del concepto de prestaciones que resultan involucradas en un contrato de obra que recaen sobre bienes inmuebles es también patente en la legislación colombiana, en forma similar a lo señalado por la doctrina española.

En efecto el artículo 32 del Estatuto, a la par que enuncia una serie de actividades (construcción, mantenimiento e instalación), consagra expresamente que el contrato de obra tendrá como objeto "… *la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles*", y para no dejar duda de la generalidad del concepto agrega "…*cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*".

Sin embargo, de la norma legal colombiana no pueden extraerse en forma específica las diferentes actividades que comprende este contrato.

Para precisar el alcance general de las diferentes prestaciones que pueden incorporar un trabajo material sobre bienes inmuebles, resulta ilustrativa la clasificación de las obras de la legislación española. El artículo 232 LCSP, clasifica las obras según su objeto y naturaleza en cuatro grupos: (i) obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación, (ii) obras de reparación simple, (iii) obras de conservación y mantenimiento y (iv) obras de demolición.

Al respecto, la misma norma española define: las de establecimiento, "*son las que dan lugar a la creación de un bien inmueble*"; las de reforma, que abarcan las obras de "*ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente*"; las de reparación, necesarias " *para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales, conceptuándose como gran reparación se afectan fundamentalmente a la estructura resistente y como reparación simple en caso contrario*", y las de demolición, que tienen por objeto "*el derribo o la destrucción de un bien inmueble*"[257-258].

La doctrina ha destacado la dificultad conceptual para distinguir los conceptos de reforma y de reparación en la ley española, y como elemento de distinción ha señalado que la reforma parece afectar la totalidad del inmueble y la reparación a parte del mismo[259].

256 Ibídem. El autor se está refiriendo al texto refundido LCSP (artículo 6).

257 Esta definición no tiene mayores diferencias en la reciente Ley 9 de 2017.

258 Esta clasificación es también acogida por la doctrina. Cfr. A E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles. *Tratado de Contratos del Sector Público.* Tomo III. Tirant lo Blanch. Valencia 2018, pp. 2467 y 2468: R. Gómez – F. Morant. *Comentario a la Ley de los Contratos de la Administración Públicas,* p. 648.

259 Gamero Casado y Gallego Corcoles ob. cit, p. 2468, transcribe el informe 7/99 JCCAE del 17/03/1999: "En la categoría de obras de reforma a que se refiere el artículo 123.1 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1485, 1948) no están comprendidas las obras que, sin cambiar el uso y destino de los edificios administrativos, se dirigen a la sustitución de unos elementos por otros o a adecuar tales elementos a la situación actual como las de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambio de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aire acondicionado, pinturas, etc.".

En este contexto, se destaca que tanto en la legislación colombiana como en la legislación comparada citada, no hay duda que las obras de mantenimiento o de reparación sobre bienes inmuebles como los citados por el Ministerio, aunque no tengan como resultado la construcción o creación de una "obra pública", por ejemplo, un puente una edificación etcétera, propios del concepto de reforma o gran reparación, deben considerarse de todas maneras dentro del concepto del contrato de obra.

Aún más varias de las prestaciones que realiza el Ministerio del Interior en sus contratos[260] comprenden algunas obras de reparación en los términos señalados.

En efecto, el grupo de obras reseñadas como reparación simple, consisten en la sustitución de unos elementos por otros o adecuar tales elementos a la situación actual como las de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambios de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aire acondicionado, pinturas etcétera, las cuales tipifican un contrato de obra.

No hay razón jurídica para que estas clasificaciones o grupos de obras mencionados en doctrina comparada dejen de ser aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la amplitud de la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en la cual deben incorporarse todo "trabajo material sobre bienes inmuebles".

De otra parte, es evidente que estos trabajos sobre bienes inmuebles corresponden a labores de mantenimiento, y en cualquier caso contienen un trabajo material sobre bienes inmuebles, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y, por ende, deben catalogarse como contratos de obra.

Finalmente, la actual ley española de contratos del Sector Público[261], en su artículo 232, hace relación a las obras de mantenimiento y cuándo tendrán el mismo carácter que las de conservación. En este caso, se considerarán bajo estas dos categorías, aquellas obras que sean necesarias por el menoscabo que se produce en el tiempo por el natural uso del bien[262].

Puede inferirse entonces que las obras que se ejecutan en los contratos citados en la consulta, buscan conjurar los deterioros de los bienes inmuebles causados por el tiempo, y son contratos de obra para su mantenimiento. Además, así lo consagra expresamente el objeto estructurado de estos contratos cuando los denomina "mantenimiento preventivo y correctivo…".

En este marco, aquellas obras necesarias para corregir o enmendar los deterioros o menoscabos producidos en el tiempo por el natural uso del bien inmueble, son considerados en nuestra legislación nacional como contratos de obra.

---

260 En la consulta el Ministerio del Interior cita trabajos relacionados con áreas eléctricas, plomerías, impermeabilización.

261 Ley 9 de 2017 de Contratos del Sector Público, la cual transpone al ordenamiento jurídico las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014

262 La Ley 9 de 2017, artículo 232, numeral 5, consagra la clasificación de las obras, entre las cuales, está la de conservación: *"… 5. Si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación".*

Finalmente, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, el mantenimiento corresponde al *"conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias etc., puedan seguir funcionando adecuadamente"*. Es decir, que el contrato de mantenimiento sobre un bien inmueble implica una obra que permita que este pueda sostenerse y seguir funcionando adecuadamente.

Ahora bien, téngase en cuenta que el contrato de mantenimiento de que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 es una "especie" del género del contrato de obra, lo que implica dos consecuencias (i) no se refiere a cualquier tipo de mantenimiento de un bien[263] sino solo aquellos que implican "obra", es decir, intervención sobre el bien; para que funcione en forma adecuada y (ii) recae sobre inmuebles. Son dos requisitos concurrentes sin los cuales no se genera un contrato de obra.

Se resalta entonces que el contrato de mantenimiento, para que sea considerado como una obra, debe implicar una intervención que quede incorporada al inmueble. Así, aquellas actividades de mantenimiento que no incorporen el trabajo material propio de una obra en el contexto citado, no podrán ser consideradas contratos de esta naturaleza.

Pretender que se extienda el contrato de manteamiento sobre bien inmueble de otra forma, sería ampliar de manera indiscriminada el concepto de obra a cualquier tipo de actividad que no necesariamente implique "obra" en la forma citada. Por tal razón, para la Sala el contrato de mantenimiento será considerado como contrato de obra cuando (i) recae sobre un bien inmueble, (ii) la prestación a realizar queda incorporada al inmueble y (iii) el mantenimiento tiene como objetivo permitir que el inmueble pueda seguir funcionando de manera adecuada.

De todas formas, será necesario analizar en cada caso las prestaciones específicas que pretendan satisfacer las demandas del servicio.

Finalmente, la Sala ya había señalado que los contratos que tengan por objeto el mantenimiento de bienes inmuebles son contratos de obra y no pueden ser considerados como contratos conexos en los términos utilizados por la Ley 1697 de 2013, que consagra la contribución de la estampilla en favor de las universidades estatales.

Al respecto señaló:

> *"En cuanto a los "contratos conexos", el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 dispone que se trata de aquellos cuyo objeto consista en el "diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2". Por su parte, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015 solamente incluye en esta categoría los contratos que tengan por objeto "el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría", dejando de lado a los demás que señala el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80.*

263 Como las labores de simple de aseo o limpieza.

*En relación con este asunto, debe aclararse, en primer lugar, que los contratos que tengan por objeto el mantenimiento de bienes inmuebles son considerados expresamente por la Ley 80 de 1993 (artículo 32, numeral 1º) como contratos de obra pública. Por tal razón, la Ley 1697 incurre en una impropiedad cuando los califica como "contratos conexos" al de obra, pues dichos negocios, como se indicó, son contratos de obra y no pueden ser, al mismo tiempo, conexos. Sin embargo, dicha incoherencia no altera el hecho de que la suscripción de este tipo de contratos por parte de las entidades estatales del orden nacional genera el tributo que se analiza".*

En conclusión, los contratos de mantenimiento sobre bienes inmuebles, en los términos expuestos en este concepto, son verdaderos contratos de obra, sin importar si la entidad contratante le asigna otra definición contractual.

### c. Características

Entre las características del contrato de obra reseñadas por la doctrina, se encuentran las siguientes:

#### i) El principio de riesgo y ventura

El contrato de obra pública se ha caracterizado por ser el contrato administrativo por excelencia, y la doctrina lo ha calificado como un contrato de resultado (riesgo y ventura), para mostrar la obligación del contratista de asumir el "*alea normal*" en su ejecución, en contra posición con el "*alea anormal*" del contrato previsto para la institución del equilibrio financiero del mismo.

Por ello, el contratista asume el mayor riesgo o menor ventura u onerosidad que pueda significar la obtención del resultado: lo único que importa es el resultado final – la entrega en plazo de la obra terminada- abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él, y el costo que le haya supuesto llegar al mismo[264].

Este principio del riesgo y ventura encuentra equilibrio con el principio del contratista colaborador, también recogido por la doctrina, y no significa, como se ha reseñado, un riesgo ilimitado en la ejecución de sus prestaciones, pues al contrario del principio clásico del derecho civil, *lex contractu*, se aceptan modificaciones surgidas de la necesidad de satisfacer el interés general y garantizar la ejecución del contrato, y entre ellas, las teorías sobre equilibrio financiero, para permitir que el contratista pueda continuar con su prestación y obtenga una compensación económica adecuada[265].

Para García de Enterría y Fernández:

*"La esencia de este contrato está en su configuración como una locatio operis, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del riesgo y ventura, que en*

264 García de Enterría y Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Décima edición. Tomo I, pp. 714 y ss.

265 González López. *Misión de Contratación. Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Tomo I. DNP. La regulación de los Contratos de Obra. Págs. 199 a 202.

*un momento se creyó propio de la contratación administrativa y que no es sino la expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado. El Artículo 215 LCSP subraya este carácter cuando afirma que "la ejecución del contrato se realizan a riesgo y ventura del contratista", salvo los casos de fuerza mayor (art. 231) y lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Quiere decirse que, como el constructor ha de entregar la obra conclusa a cambio de un precio alzado, asume la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar para él la obtención de ese resultado; lo único que importa es el resultado final –la entrega en plazo de la obra terminada-, abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él y del coste que para dicho empresario haya supuesto llegar al mismo[266]".*

Esta característica de riesgo y ventura supone una obligación de resultado asumida por el contratista y ha servido de fundamento para diferenciarlo de los contratos de arrendamiento de servicios.

Las diferencias relacionadas con el contrato de obra como una modulación administrativa del contrato civil de arrendamiento de obras y el arrendamiento de servicios, en cuanto al primero, incorpora la obligación de un resultado, esto es, la obra completa y terminada, y el segundo, se trata de retribuir al particular por una actividad realizada, han sido tratadas por la doctrina, en alusión a un dictamen del Consejo de Estado español, y citado por este tratadista[267]:

*"Es doctrina común en nuestro derecho –dice el Consejo de Estado- la que ve en el contrato de obra pública una modulación administrativa del contrato civil de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado, regulado en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil. La modulación consiste en el acomodo material de la figura común al tráfico en masa de la Administración, sin merma de la naturaleza que le es propia ni de sus fundamentales rasgos distintivos. Por virtud de este contrato, el contratista o conductor se obliga a realizar una obra determinada y el dueño o locator al pago de un precio alzado. La definición que contiene el Código Civil (art. 1544) subraya ambas características en el arrendamiento de obras: una de las partes se obliga a realizar una obra por precio cierto. El objeto que en el consideran las partes y sobre el cual consienten no es el trabajo o la actividad del contratista, sino su resultado, la obra completa y terminada. Y a diferencia del arrendamiento de servicios, en el que el obligado es retribuido por la actividad que realiza, en el contrato de obra la retribución del servicio es retribuida por el ajuste o precio alzado… las prestaciones de las partes se delimitan con toda nitidez: la ejecución de la obra queda a cargo del contratista; el pago del precio, a cargo del dominus. Al primero corresponde la responsabilidad de la ejecución (art. 1589, 1590 y 1591); el segundo no está obligado a su prestación sino hasta que recibe la obra (art. 1599) y no ha de pagar más de lo convenido, salvo el caso de que se haya producido un aumento de obra consentido por su parte (art. 1593)" (el subrayado es de la Sala).*

266 García de Enterría y Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Décima edición. Tomo I, p. 777.
267 Ibídem. Dictamen del Consejo de Estado del 24 de octubre de 1968.

En la legislación colombiana, estas diferencias resultan visibles respecto de los contratos de obra y de prestación de servicios.

La caracterización del contrato de obra pública comporta como regla general una obligación de resultado del contratista y su responsabilidad y el riesgo por el *aleas* normal en la realización de la obra completa. Desde ese punto de vista, el objeto acordado no se limita a un trabajo o actividad del contratista, sino a la obtención de un resultado querido por la entidad estatal y pactado en el contrato.

Por su lado, el contrato de prestación de servicios, como se analizará, constituye una forma de vinculación de particulares a entidades del Estado para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad. Por ello, la retribución corresponde a la actividad.

Como ejemplo, se mencionan la contratación de un abogado especializado para la defensa de un proceso judicial o actividades de vigilancia, aseo, o mantenimiento de equipos[268]. Como se observa, como regla general, el contrato de prestación de servicio comporta una obligación de medio por parte del contratista, o en algunos casos por excepción puede contener una obligación de resultado. Se resalta en este contrato de prestación de servicios su carácter instrumental para la gestión a cargo de la administración pública[269].

Por lo tanto, se contrata de esta manera la forma de trabajo del contratista y de su personal, no la materialización para construir reparar o reformar un bien inmueble, propio del contrato de obra.

En cuanto al contenido y objeto del contrato de obra, los desarrollos jurisprudenciales han estado más referidos a las modalidades de pago bajo los cuales se realiza este contrato que a delimitar su ámbito de aplicación.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de 2008[270], al referirse al posible desconocimiento del principio de legalidad tributaria, en sentir del demandante, por no definir con precisión el hecho gravado, esto es, el concepto de *"contrato de obra pública*", ni en la norma tributaria[271], ni en la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, sostuvo:

> *"La norma acusada señala expresamente que el hecho gravado con la contribución conocida como impuesto de guerra consiste en suscribir contratos de obra pública con entidades de derecho público o celebrar contratos de adición al valor de los ya existentes, y si bien la disposición no precisa en su mismo texto qué cosa es una obra pública, de donde la demanda echa mano para afirmar que el legislador desconoció los principios de legalidad y certeza del tributo, la Corte admite que existe cierto grado de imprecisión en la definición del hecho gravado, pero estima que esta circunstancia*

268 Dávila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Tercera edición. Legis, p. 856.

269 Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2003

270 Este fallo resolvió la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 *"Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas disposiciones",*

271 Ley 1106 de 2006, artículo 6. Para el demandante, la Ley 80 de 1993 define qué cosa es el contrato de obra pero en ninguna parte define el contrato de obra pública.

*no llega a configurar un vicio de inconstitucionalidad, pues esta imprecisión no deriva en una falta de claridad y certeza insuperable, puesto que a pesar de que uno de los elementos del hecho gravado -la noción de obra pública- no aparece definido o determinado expresamente en la norma, es determinable a partir de ella. A juicio de la Sala cuando la norma acusada expresamente prescribe que la contribución que regula se causa por el hecho de suscribir "contratos de obra pública" con "entidades de derecho público" o celebrar contratos de adición al valor de los existentes, no cabe otra interpretación plausible distinta de aquella que indica que el contrato al que se refiere es el definido en el estatuto de contratación a partir de elementos subjetivos, referentes a la calidad pública de la entidad contratante. De ahí para la Corte que la descripción del hecho gravado sí es suficientemente precisa para satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributaria". (Subrayado fuera del texto).*

**ii) Clasificación del contrato de obra por la modalidad de pago: en contrato a precio unitario.**

Tradicionalmente el contrato de obra pública se ha clasificado según la modalidad de pago, en contratos de obra pública a precio unitario, a precio global, por administración delegada[272] y por el sistema de reembolso de gastos. En el derecho colombiano, esta clasificación se encontraba incorporada en el antiguo estatuto contractual consagrado en el Decreto Ley 222 de 1983.

El actual estatuto contractual, en su artículo 32, numeral 1º, guarda silencio sobre su clasificación, lo cual permite inferir la posibilidad de mantener la práctica comercial de pactar estos contratos, según la modalidad de pago. Esta clasificación del contrato de obra, y sus diferencias en cuanto a las obligaciones y responsabilidad que asume cada parte, según la modalidad que corresponda, ha tenido importantes desarrollos en la jurisprudencia del Consejo de Estado[273].

En la consulta realizada, en cuanto a la estructuración de los contratos se hace referencia al objeto, el cual se consagra como un servicio de mantenimiento preventivo y correctivo que involucra personal y bienes, organizado mediante unidades de medida y según las especificaciones detalladas en los pliegos de condiciones.

Como se observa, la modalidad de pago consagrada a partir de unidades de medida, o de cantidades de obra variable con precios unitarios constantes o fijos, no es un requisito exclusivo o excluyente de los contratos de prestación de servicios, pues puede pactarse en otro tipo de contratos, según surja de la libertad de configuración de las partes y de su autonomía de voluntad.

272 Aunque tradicionalmente se ha planteado el contrato de obra por administración delegada, no siempre se la ha considerado en esta clasificación. Por su contenido, se ha asumido en algunos casos, que la gerencia de la obra corresponde a un contrato de consultoría, en los términos de la definición consagrada en el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, la gerencia de obra expresamente citada en este texto. Al respecto, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de marzo de 2013, C.P. Sergio Fajardo, Exp. 25178-01.

273 Interesan para este concepto los pronunciamientos relacionados con la modalidad de pago a precio unitario y a precio alzado o global. Al respecto, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de octubre de 2011, Exp. 2007-00409, 27 de marzo de 2014, exp. 24.845, 11 de febrero de 1988, Exp. 4254; 3 de septiembre de 1993, Exp. 8394; 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119; 23 de abril de 2008, Exp. 16491; 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031; 3 de marzo de 2010, Exp. 37.644; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de septiembre de 1990, Exp. 5.727; concepto del 18 de julio de 2002, Exp. 1439 y Concepto del 9 de septiembre de 2008, Exp. 1920.

Por esta razón, resulta importante referirse a la modalidad de pago a precio unitario generalmente utilizada para los contratos de obra, y que permite concretar la obligación de pago de la entidad estatal, según las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, canceladas de conformidad con los precios unitarios pactados.

En esta modalidad, y por la misma naturaleza del contrato que impide definir con certeza su valor real, se establecen unas estimaciones de cantidades de obra, según los estudios previos y unos precios unitarios de los respectivos ítems de obra.

Se trata de un valor estimado, pues el valor definitivo y que corresponde al deber de la administración de reconocerlo y pagarlo, será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente pactadas por los precios unitarios consagrados en el contrato, dentro de los límites que el mismo contrato establezca.

Por lo tanto, uno es el valor estimado del contrato y otro el valor real, según las mayores o menores cantidades de obra que efectivamente ejecute el contratista para cumplir el objeto pactado. Se puede afirmar que en esta modalidad la entidad estatal asume el riesgo de pagar las diferencias en cantidades de obra que realmente se ejecuten, siempre y cuando no exista modificación alguna en los ítems y prestaciones pactadas.

Lo que la administración paga es la obra que realmente ejecuta el contratista con arreglo a los precios convenidos, a cuyo efecto deberán realizarse las mediciones expresadas en las correspondientes certificaciones valoradas o actas de liquidación de obra, generalmente certificadas o aprobadas por la interventoría de la obra.

Así lo ha reseñado la jurisprudencia de la Sección Tercera y de la Sala de Consulta del Consejo de Estado.

La Sección Tercera ha señalado[274]:

> *"Al respecto cabe precisar que el sistema de precios unitarios, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta corporación de manera reiterada y uniforme, consiste en que ante la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, los montos totales que resultarán de realizar la obra contratada, la entidad tanto en los pliegos como en el contrato aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se requerirá ejecutar para que el proponente establezca en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante, de tal manera que el valor final del contrato será el resultado de sumar todos los productos que a su turno surjan de multiplicar los precios unitarios definidos en la propuesta –y aceptados por la entidad contratante, claro está- por las cantidades de obra final y efectivamente ejecutadas[275]".*

274 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2002.
275 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014.

Por su parte, esta Sala también ha tenido oportunidad de analizar los contratos de obra bajo la modalidad de precio unitario, entre otros, en los Conceptos del 18 de julio de 2002 y 9 de septiembre de 2008[276]:

*"Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.*

*(…)*

*Así, como se ha expuesto, bien es sabido que en los contratos en donde se conviene la remuneración por el sistema de precios unitarios, lo que se acuerda por las partes es "el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije", de manera tal que el valor total del contrato no es determinado sino determinable tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, bajo el supuesto, igualmente, de que el contrato de obra pública es un contrato de resultados y no de medios. El valor del contrato que se señala en su texto, es apenas estimativo del costo total, pero deberá ser cambiado a medida que se establezcan las reales cantidades de obra ejecutadas en cumplimiento del objeto contractual.*

*(…)*

*La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno u alguno de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor se tiene en cuenta el valor global del mismo (...).*

*La norma merece una reflexión adicional. Existen eventos en los que puede determinarse con una gran precisión las unidades o cantidades de obra que se van a ejecutar; pero existen otros, como sucedió en el caso sub judice, en los que el estimativo hecho de los distintos ítems apenas es aproximado y para fines más que todo fiscales, y donde es fácil que se queden ítems sin indicar y obviamente sin valorar. No puede olvidarse*

276 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 18 de julio de 2002, C.P. Susana Montes de Echeverri Exp. 1439 y concepto del 9 de septiembre de 2008, C.P. Enrique José Arboleda Exp. 1920

*que la obligación del contratista es de resultado, con una finalidad comprensiva: "Las obras necesarias para la construcción de la carretera"*[277].

Estos contratos pactados a precios unitarios se diferencian de los contratos a precios global, pues en estos últimos, el contratista obtiene como remuneración una suma global fija, independiente de las mayores o menores cantidades de unidades que se ejecuten y por ende, el contratista asume los riesgos de las diferencias que surjan en las cantidades de obra y es responsable de su culminación por el precio pactado, que corresponde al precio real y definitivo[278].

Por consiguiente, el mantenimiento sobre bienes inmuebles, a que se refiere el objeto bajo el cual fueron estructurados los contratos del Ministerio del Interior, según se señala en la consulta, por las razones citadas, corresponde a contratos de obra, y no existe objeción alguna para que en su configuración, y bajo la autonomía de la voluntad de las partes, pueda pactarse por unidades de medida, según las obras que se considere pertinentes.

De esta manera, la entidad estatal solo estará obligada a reconocer las obras y las cantidades realmente ejecutadas, de acuerdo con los precios unitarios pactados en los pliegos de condiciones y en los respectivos contratos.

### iii) El concepto del A.I.U. en los contratos de obra no corresponde a un requisito de su existencia o validez, y puede ser estipulado en diferentes tipos de contratos estatales, según su naturaleza.

El concepto del A.I.U.[279] comprende la Administración (costos indirectos) imprevistos y utilidades, y en algunos contratos este valor aparece cuantificado en forma independiente

277 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 18 de julio de 2002, C.P. Susana Montes de Echeverri Exp. 1439

278 Lo anterior, sin perjuicio del pacto que se realice sobre reajustes de precios.

279 Sobre el AIU la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 14 de octubre de 2011, ha señalado: *"En efecto, sobre el denominado concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad -AIU- que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como por ejemplo, en los de obra, si bien la legislación contractual no tiene una definición de este concepto, ello no ha sido óbice para que en torno a los elementos que lo integran se señale lo siguiente: "…la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato. Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera 'como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura' para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios. En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U - administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste…". De acuerdo con la jurisprudencia el AIU propuesto para el contrato, corresponde a: i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el alea normal del contrato: I; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U. Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el AIU, cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado. En cuanto a la incidencia del cálculo del AIU incluido en la propuesta, para efectos de procesos de selección frustrados por hechos imputables a la administración, o la ejecución del contrato y la equivalencia de las prestaciones del mismo, existe abundante jurisprudencia acerca de la cuantificación de los perjuicios que padece el contratista con base en la utilidad esperada que se incluyó en él dentro de la propuesta, en el entendido de que, si el fundamento de la responsabilidad es reparar el daño causado y llevar al damnificado al mismo lugar en que se encontraría de no haberse producido la omisión del Estado, resulta procedente reconocer la totalidad de dicha ganancia proyectada por el mismo contratista. La importancia del AIU - administración, imprevistos y utilidades-, para estos efectos estriba en que el juez del contrato lo reconoce como factor de la propuesta en el que se incluyen dichos valores, de manera que permite calcular con base en la utilidad la indemnización de los perjuicios reclamados por el contratista u oferente, según el caso, en aquellas controversias en las que les asiste el derecho".*

al valor de la obra y como un porcentaje de la misma[280], sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios[281].

El "A" comprende los costos indirectos, puesto que los costos directos debieron haber sido incorporados en el análisis de precios unitarios (APU).

El "I" comprende los imprevistos y pretende cubrir las contingencias naturales que se presentan en la ejecución de la obra. Recientemente, se ha discutido cuando procede su reconocimiento al contratista y la necesidad de su prueba, puesto que no podría considerarse como una utilidad adicional.

La "U", corresponde al valor que el contratista estimó como utilidad para la ejecución de la obra, y el cual sirve de supuesto para considerar en un proceso judicial el monto de utilidad a que tendría derecho.[282]

Sobre el A.I.U. la Sección Tercera ha mencionado que si bien la legislación contractual no tiene una definición de administración, imprevistos y utilidad, (AIU) se ha dicho que "*este se introduce en el valor total de la oferta y es de* ***frecuente*** *uso en los contratos de* ***tracto sucesivo y ejecución periódica****, como el contrato de obra"*[283].

Asimismo, se ha señalado que es posible aplicar el concepto del A.I.U. a otro tipo de contratos según su naturaleza, puesto que su estipulación estará sujeta a la libertad de configuración y a la voluntad de las partes contratantes[284].

De lo anterior, se entiende que en virtud de la autonomía y voluntad de las partes, el A.I.U. puede ser pactado en forma discriminada e independiente de los precios unitarios para ser adicionado a la obra. Sin embargo, su inclusión independientemente y adicional no es un requisito legal para la existencia y validez de un contrato de obra, ni tampoco es un elemento exclusivo de este tipo de contratos. Nada impide que según la naturaleza del contrato, las partes lo estipulan en forma expresa y concreta.

280 Los costos indirectos incorporados en el A, corresponden como regla general a gastos de la oficina central, honorarios del director de ora, y de personal especializado. Generalmente estos costos pueden estar compartidos con los diversos contratos de obra que en forma simultánea esté ejecutando el contratista. Un ejemplo corresponde a los costos de la oficina central, y de los asesores de proyectos.

281 Es práctica común en Colombia que al valor estimado del contrato se le adicione el valor del AIU y que generalmente corresponde a un porcentaje del valor de la obra. No obstante, en los contratos financiados por el Banco Mundial, con créditos BIRF o AIRF, sus reglamentos no adicionan el AIU, pues se entienden comprendidos en los precios unitarios propuestos por los oferentes.

282 Por ejemplo, si el oferente que tenía derecho a la adjudicación hubiera sido favorecido con la adjudicación en un proceso de licitación.

283 Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 1997-01032-01

284 A propósito de los contratos de suministro de computadores, debidamente instalados y la asesoría en servicios informáticos en instalaciones educativas, la Sección Tercera del Consejo de estado consideró en ejercicio del arbitrio judicial estimar y aplica un porcentaje AIU, para la tipología contractual analizada. Al respecto consideró: " *De entrada la Sección Tercera ha considerado que no existe previsión legal que imponga la discriminación de los conceptos de administración, imprevistos y utilidades (AIU) por parte del contratista al momento de presentar su propuesta, cuando el juez deba calcular la utilidad esperada para indemnizar los perjuicios reclamados por éste (…) En aquellos eventos en que no se acredita la utilidad esperada por el contratista con su ejecución, la Sala ha establecido el valor del AIU a partir del promedio entre varios contratos de objeto similar, verbigracia en contratos de obra pública, sin embargo, en este caso no se tiene dicho parámetro de comparación. En consecuencia, en ejercicio del arbitrio judicial, se estima un porcentaje del 15% por AIU para la tipología contractual analizada…*" Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 37500 del 30 de marzo del 2017.

Asimismo, y como se mencionó los contratos de obra con financiación de organismos internacionales, generalmente no se incorpora el A.I.U., pues se entienden que estos elementos se encuentran incorporados en los precios y en el valor del contrato[285].

### d. Los inmuebles por adhesión y los inmuebles por destinación

Los contratos que menciona el Ministerio del Interior[286] incorporan dentro de su objeto contractual, el mantenimiento de mobiliario e inmobiliario.

Como se ha mencionado en la definición, en el objeto y en las prestaciones incorporadas al contrato de obra, según el numeral 1o del artículo 32 de la Ley 80, cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, incluido el mantenimiento es considerado dentro de esta tipología.

Por el contrario, cuando el contrato se refiere a prestaciones de servicios sobre bienes muebles o mobiliario, no corresponde a un contrato de obra y, por lo tanto, según la naturaleza de la prestación, podrá corresponder a un contrato de prestación de servicios, como regla general y residual o a otro tipo de contrato. Lo anterior, pues la misma ley puede haber calificado la prestación de servicios en otro tipo o clase de contrato, como sucede con el contrato de consultoría.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato de obra recae exclusivamente sobre inmuebles, es pertinente referirse a los conceptos de muebles e inmuebles regulados en el Código Civil.

El artículo 654 del Código Civil, menciona que las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles. Los primeros, son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas[287]. Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658 del Código Civil.

Los segundos, es decir, los inmuebles, son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Asimismo, las casas y veredas, denominados por la norma como predios o fundos. [288]

Respecto de bienes inmuebles por adhesión, el artículo 657, los define teniendo en cuenta que por su naturaleza resultan fácilmente removibles de la estructura principal y su carácter principal:

285 Al revisar el reglamento del BID, en los numerales relacionados con los tipos de contratos que se firman con recursos de préstamos de la entidad, como los contratos de "Contrato a porcentaje", contrato que se utiliza normalmente para servicios de arquitectura, o el "Contrato con entrega no definida de los servicios" (convenio de precios), el cual se utiliza cuando los Prestatarios necesitan contar con servicios especializados "a pedido" de asesoramiento sobre una actividad determinada, cuyo alcance y plazo no se pueden establecer por anticipado, en ninguno se hace mención al AIU.

286 M-448 y M-1153 de 2014 y M-1750 de 2016

287 Código Civil, artículo 655.

288 Código Civil, Artículo 656.

> ***"Artículo 657. <Inmuebles por adhesión>.*** *Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro".* (Subrayado de la Sala)

Respecto de bienes inmuebles por adhesión, es además necesario determinar si por naturaleza resultan fácilmente removibles de la estructura principal, y su carácter esencial. Por ello, se incorpora como elemento de la definición el hecho de que pueda ser transportado de un lugar a otro.

En cuanto a los inmuebles por destinación, el Código Civil establece los "…*permanentemente destinados al uso,… y beneficio del inmueble, sin embargo, de que puedan separarse sin detrimento*", como las losas de un pavimento, los tubos de la cañería, y las máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo[289].

El texto del artículo es el siguiente:

> ***"Artículo 658. <Inmuebles por destinación>.*** *Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:*
>
> *Las losas de un pavimento.*
>
> *Los tubos de las cañerías.*
>
> *Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.*
>
> *Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla.*
>
> *Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste. Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio".*

Para la Sala, los preceptos que describen los muebles por adhesión o por destinación consagrados en el Código Civil resultan vigentes y aplicables en el concepto jurídico de cosas corporales inmuebles, pero con la natural adecuación al desarrollo histórico, social y tecnológico de la presente sociedad y de los nuevos bienes muebles e inmuebles.

289 Inmuebles por destinación. Esta ficción legal se basa en el destino que los bienes muebles tienen al ser designados como inmuebles. Tal es el caso de los bienes señalados para el uso, el cultivo o el beneficio de una heredad, hasta el punto de ser considerados como bienes accesorios de ella. La razón de la ficción legal está determinada a que por su uso, cultivo o beneficio de ellos al bien inmueble; pasan a formar parte de aquel. Así lo dispone de manera clara el art. 658 del Código Civil Colombiano. La destinación del bien mueble como accesorio del bien inmueble depende en todo caso de la voluntad de su dueño.

Esta actualización necesaria permitirá incluir bienes muebles[290], que por su naturaleza se integran y hacen parte de las edificaciones actuales en la actividad comercial, para la prestación de los servicios públicos o para el ejercicio de funciones administrativas por parte de las entidades estatales.

Desde ese punto de vista deben interpretarse las enunciaciones incorporadas en las normas del Código Civil, sin perjuicio de mantener como regla general el núcleo central de la definición de bien inmueble, según el artículo 656 del Código Civil, esto es, su característica de no poder ser transportado de un lugar a otro. Por esta razón, los bienes que puedan ser transportados de un lugar a otro se reputan bienes inmuebles, y solo por excepción, podrían ser inmuebles por su destino, según el artículo 658 del Código Civil.

En cuanto a los inmuebles por adhesión, la norma del artículo 656 incluye el concepto básico, en el sentido que tales bienes se adhieren de manera permanente al inmueble.

Respecto del concepto de bienes muebles por destinación, la norma hace referencia a aquellos casos que están permanentemente destinados al uso del inmueble, sin embargo, de que puedan separarse sin detrimento. Sin embargo, con carácter enunciativo señala algunos bienes como las losas del pavimento o los tubos de las cañerías que en la actualidad podrían considerarse como bienes por adhesión en la medida en que se adhieren permanentemente al inmueble.

Ahora bien, analizados los trabajos materiales que estructuran el objeto de los contratos expuestos por el Ministerio, esto es, reformas necesarias para los servicios de agua potable, redes eléctricas, redes hidrosanitarias, aires acondicionados y arreglos locativos sobre bienes inmuebles, es decir, bienes adheridos permanentemente al inmueble y que coadyuvan a su funcionamiento adecuado, y además su denominación de mantenimiento, es procedente concluir que se trata de un contrato de obra en los términos descritos en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y no de contratos de prestación de servicios.

Lo expuesto, resulta aplicable a los trabajos materiales realizados sobre los bienes inmuebles y no sobre el mobiliario o bienes muebles que no hacen parte del inmueble y que no están permanentemente destinados a su funcionamiento, como pueden ser los computadores o equipos informáticos, las mesas, las sillas, o bienes de los cuales pueden predicarse su traslación, remoción o transporte de un lugar a otro.

Debe recordarse que el concepto de inmueble por destinación es de carácter excepcional y por tal razón, de interpretación restrictiva.

Los trabajos de mantenimiento propios de la obra a que alude la consulta pueden catalogarse como reformas, dirigidas a sustituir unos elementos por otros o a adecuarlos a la situación actual, como los de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambio de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aires

290 Se hace referencia a bienes muebles para la instalación y funcionamiento de aires acondicionados centrales o para redes de nueva generación.

acondicionados, pinturas etc. Se tratará de obras necesarias surgidas por el menoscabo o deterioro de los bienes en razón del tiempo[291].

De esta manera, los trabajos de mantenimiento a que alude la consulta bien pueden catalogarse en esta clase de reformas. Se tratará de obras necesarias surgidas por el menoscabo o deterioro de los bienes en razón del tiempo[292].

Por consiguiente, los trabajos materiales sobre los inmuebles, incluidos los inmuebles por adhesión y por destinación, en los términos expuestos, deben considerarse como un contrato de obra.

Sobre el documento que menciona la consulta expedido por la Subdirectora de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente corresponde a la facultad otorgada por las entidades estatales para emitir conceptos y obedece al análisis e inquietudes sobre bienes distintos a los que son objeto de este dictamen. Este concepto se remite en general a las normas del Código Civil sobre los bienes inmuebles por adhesión o por destinación, como es el caso de los ascensores o sobre bienes muebles.

Al respecto, la Sala se remite a las consideraciones anteriores y al contenido de la norma consagrada en la Ley 80 de 1993 que define el ámbito de aplicación de los contratos de obra, y claramente determina que los trabajos materiales que se consultan sobre bienes inmuebles tienen esta naturaleza, en los términos expuestos.

### e. Contratos estatales que involucran prestaciones mixtas: los contratos mixtos.

Es posible que existan contratos mixtos que contengan prestaciones correspondientes a varios tipos o clases de contratos, que no se encuentran relacionados con otros contratos típicos o atípicos, nominados o innominados a que se refieren los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Posiblemente, el único evento que había sido regulado en la legislación nacional correspondía a la posibilidad de iniciar un proceso cuyo objeto incorpore tanto el diseño como la construcción de la obra, caso en el cual se consideraba que debía realizarse una licitación o selección abreviada, según corresponda. Es decir, el proceso utilizado para la contratación de obra, al parecer atendiendo al carácter de la prestación principal[293].

291 Gamero y Córcoles Ob. cit., p. 2468. En el concepto de reforma traído en la doctrina española señala que están *"comprendidas las obras que, sin cambiar el uso y destino de los edificios administrativos, se dirigen a la sustitución de unos elementos por otros o a adecuar tales elementos a la situación actual como las de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambios de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aire acondicionado, `pinturas etc.".*

292 En el concepto de reforma como obra en la doctrina española se señala: *"en la categoría de obras de reforma, no están comprendidas las obras que, sin cambiar el uso y destino de los edificios administrativos, se dirigen a la sustitución de unos elementos por otros o a adecuar tales elementos a la situación actual como las de acondicionamiento general, sustitución de suelos o techos, cambio de puertas, modificación de instalaciones eléctricas o aire acondicionado, pinturas, etc.".* Informe 7/99 JCCAE del 17 de marzo de 1999, citado por Faya Barrios. Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo III. Directores Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles. Capitulo XLVII, Antonio Luis Faya Barrios, pp. 2467 y 2468.

293 Así lo regulaba el anterior Decreto 734 de 2012, artículo 3.3.1.1. En términos similares, en un concurso de arquitectura que incorpore la elaboración de estudios técnicos o trabajos técnicos relacionados, debe utilizarse el procedimiento del concurso de arquitectura. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.3.8.

En la práctica se encuentran contratos para el suministro de equipos que involucran prestaciones adicionales relacionadas con su instalación, servicios de mantenimiento, y de capacitación tendientes a la entrega para la puesta en funcionamiento por parte de la entidad estatal.

En el caso citado, no existe un contrato de compraventa o suministro de bienes muebles, un contrato de obra y un contrato de prestación de servicios. Se trata de un solo contrato con una prestación principal y unas accesorias relacionadas directamente con el primero.

El análisis del contrato que se celebra tiene una gran importancia teniendo en cuenta que de ello dependerá aspectos tales como: el proceso de selección que debe realizarse (licitación, concursos de méritos o selección abreviada); el eventual Registro Único de Proponentes (RUT) que pueda exigirse, y aún los requisitos habilitantes o ponderables que deben incorporarse en el pliego de condiciones para seleccionar de manera objetiva la mejor oferta.

Ante la ausencia y vacío legislativo, para la Sala un criterio de interpretación que ayude a dilucidar esta situación será el de atender al carácter de la prestación principal. El objeto principal, a su vez, podría determinarse en función de cuál es la prestación que tenga el mayor de los valores estimados.

Se trata de una regla general que debe centrase en definir el fin buscado por la administración en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, y como elemento esencial para permitir la existencia de prestaciones mixtas en un mismo contrato y por lo tanto, la existencia de un contrato mixto, es necesario que las prestaciones correspondientes que pretendan fusionarse se encuentren directamente vinculadas entre sí, de tal manera que mantengan relaciones de complemento y que permitan predicar su tratamiento solo como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de la necesidad de la entidad.

No sería procedente incorporar en un solo contrato prestaciones que conservan su autonomía y no se encuentran directamente vinculadas con las otras prestaciones[294].

Ahora bien, la doctrina se ha referido a los contratos atípicos[295] y los ha clasificado en dos categorías: los contratos que no tienen tipicidad legal pero si tienen tipicidad social, y por otra, aquellos contratos que no tienen tipicidad legal ni social[296].

Dentro de los contratos atípicos con tipicidad social, se consideran incluidos los contratos mixtos, que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad los particulares pueden crear nuevas figuras contractuales, en donde se conjugan los elementos

294 Sobre contratos mixtos, puede verse en la legislación española: Ley 9 de 2017, artículo 18 y 34.

295 Camacho López. Universidad Externado de Colombia. Revist@ e – Mercatoria volumen 4, Número 1 (2005), p. 12: *"Igual ocurre con el concepto de contrato atípico también son diversas las categorías que sobre éstos plantean los doctrinantes. Sin embargo, al analizar cada una de ellas se llega fácilmente a la conclusión que sus diferencias radican simplemente en la denominación que se les da, pues, mientras algunos contratos atípicos están conformados por elementos de los contratos denominados típicos, otros por el contrario tienen un contenido independiente del que corresponde a las figuras contractuales de dicha naturaleza".*

296 Ibídem

de diversos contratos típicos en un solo contrato el cual tomará ña denominación de contrato mixto.

Por otra parte, en los contratos que no tienen tipicidad legal ni social, se encuentran las uniones de contratos. "*Hay unión de contratos cuando entre los mismos contratantes por medio de un solo acuerdo de voluntades se celebran diferentes figuras contractuales unidas entre sí por una determinada razón, en dicho evento a pesar de existir múltiples prestaciones éstas provienen de varios contratos y no de uno solo como ocurre con los contratos atípicos de la categoría de los mixtos, la cuestión entonces se centra en el mecanismo para distinguir cuando las diversas prestaciones provienen de un único contrato o de diversos contratos unidos entre sí. Pues bien, el elemento que nos permite distinguir entre una y otra figura es la causa del contrato*[297] *entendida como el móvil que dirige a su celebración, ya que en el contrato complejo hay unidad de causa, mientras que en la unión se contratos se presenta una pluralidad de ellas*[298]"(subrayado por la Sala).

Por lo tanto, es importante diferenciar los contratos mixtos de las uniones de contratos, ya que en el contrato mixto existe un solo contrato, con elementos de diversos contratos, mientras que en las uniones de contrato cada contrato mantiene su régimen y autonomía. Este elemento de distinción, según esta doctrina, corresponde a identificar la causa del contrato, es decir, el móvil que tiene la administración para celebrar el contrato. Si hay unidad de causa corresponderá a un contrato mixto, si hay diversidad de causas, estaremos frente a una unión de contratos.

Analizadas las prestaciones sobre inmuebles que se estructuran en el objeto de los contratos que son materia de consulta, la Sala reitera su calificación de contrato de obra, por (i) tratarse del mantenimiento o de un trabajo material sobre un bien inmueble, en los términos expuestos en este concepto y (ii) por ser uniones de consulta y por tanto deben regirse cada uno a los dispuesto en Estatuto Contractual.

De otra parte, en la consulta se hace mención a contrataciones que incorporan mantenimiento sobre bienes inmuebles y a su vez de prestaciones relacionadas con mobiliario o bienes muebles.

Desde una perspectiva general, y bajo el concepto de contratos mixtos al que se ha hecho alusión, no se observa en los contratos consultados la relación directa de vinculación entre las diferentes prestaciones, sobre bienes muebles e inmuebles que permitan considerarlas como un complemento necesario y como una sola unidad funcional. Por ello, procederían procesos de selección y de contratación de manera independientes y no la celebración de un contrato mixto.

297 F. Messineo. Doctrina…, Ob. cit., p. 393, *"El criterio al que se debe recurrir, aun en el caso de que la voluntad de las partes ofrezca elementos de juicio, es -como se sostiene, después de las discusiones a este respecto-, el de la causa, considerada como elemento típico que individualiza al contrato; y es un criterio simple, porque donde haya una causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde haya pluralidad de causas, habrá pluralidad de contratos, y si, como es mucho más frecuente, se tratara de causas correspondientes a otros tantos contratos nominados, habrá pluralidad de contratos nominados, o, en última hipótesis, pluralidad de contratos nominados y de contratos innominados".*

298 Camacho López. Revist@ e – Mercatoria volumen 4, Número 1 (2005). Pág 17.

En efecto, en los contratos consultados, tal y como el Ministerio informa que delimitó la estructura de su objeto, no encuentra la Sala que existen los diversos requisitos y presupuestos planteados para considerarlo un contrato mixto.

El ejemplo de contratos mixtos más común se refiere, como se señaló, al suministro de equipos necesarios para la prestación del servicio público de la entidad, con prestaciones accesorias y necesarias, relacionadas con su instalación y su puesta en funcionamiento, así como servicios de capacitación de asesoría de la entidad en el uso de los mismos.

No obstante, corresponderá al Ministerio evaluar en la elaboración de sus planes anuales de adquisición y de sus estudios previos si se cumplen o no los presupuestos para iniciar procesos de selección independientes o únicos ante la existencia de un contrato mixto.

## 2. Régimen jurídico del contrato de prestación de servicios.

### a. Definición y características

El contrato de prestación de servicios está consagrado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1992 y constituye una forma de vinculación de particulares a entidades del Estado para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad:

> ***"3º. Contrato de prestación de servicios***
>
> *"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*
>
> *En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".*

De acuerdo con la anterior definición, el contrato de prestación de servicios se celebra para desarrollar actividades relacionadas con la (i) administración, o (ii) el funcionamiento de la entidad[299].

Asimismo, se establecen limitaciones cuando el contrato se celebra con personas naturales con los objetivos de no duplicar las funciones que ejercen los servidores públicos de la entidad o la desviada e ilegal utilización para crear una nómina paralela. Es sabido que el contenido y naturaleza de estos contratos es distinto a los propios de una relación laboral (trabajador oficial o servidor público) en especial, la no existencia de

299 En la legislación española el contrato de servicios se define como *"aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario"*. Al respecto, la doctrina ha señalado que este tipo de contrato excluye el resto de contratos, ya que su contenido lo integran prestaciones que exigen en su realización obligaciones de medios o de resultados distintos a obras o suministros.

subordinación. La otra limitación prevista en la norma se refiere a que estos contratos con personas naturales hacen referencia a la necesidad de obtener conocimientos especializados por parte de estos contratistas, de los cuales carece la entidad.

Estas actividades, corresponden a labores de apoyo o colaboración en el ejercicio de una función administrativa a cargo de la entidad estatal, como la defensa judicial en un proceso, o con el funcionamiento de la entidad, como por ejemplo, las actividades de aseo, vigilancia, mantenimiento de equipos etc.

En cuanto a la naturaleza del contrato de prestación de servicios, la Sección Tercera sostuvo[300]:

> *"Es un instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. El contratista debe ser autónomo, debe contar con una especialidad en la gestión y según el artículo 32 de la ley 80/93 debe ser un contrato que se celebre de manera excepcional. La ley expresa que este se celebra para el desarrollo de actividades que se encuentren relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pero el ordenamiento jurídico restringe la utilización de este tipo de contratos, primero si se contrata con persona natural, la actividad que esta persona vaya a realizar no la debe poder realizar el personal de planta, la sala dice que aunque la norma no lo exprese puntualmente, se debe entender dicha prohibición también para las personas jurídicas, entendiéndose que la celebración de un contrato no puede llevar a que la persona jurídica despoje por completo de sus funciones a la entidad, segundo, la ley también expone que se puede contratar con una persona natural cuando se necesite un grado de especialización adicional que no pueda ser suministrado por la entidad, debe existir una falencia real de un saber profesional, la sala expresa nuevamente que dicha prohibición debe aplicarse extensivamente para las personas jurídicas, de modo tal que dichas celebraciones de contrato por prestación de servicio deben ser de carácter alternativo y excepcional, de lo contrario estaría siendo un verdadero sustito de la función pública".*

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado que este contrato se configura cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.[301]

Por esta razón, el contrato de prestación de servicios está referido a desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y es la misma ley la que restringe su alcance a aquellas actividades o funciones que no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente, o porque requieren conocimientos especializados.

300 Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01 (AP) del 8/06/11

301 Sentencia C-614/09, Expediente D-7615.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 señaló las principales características de este tipo de contrato indicando que versa sobre una obligación de hacer, para la ejecución de funciones propias de la entidad en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional del contratista, en la que la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico constituye un elemento esencial; su vigencia es temporal, y puede estar sujeta al pacto facultativo de cláusulas de terminación unilateral, de acuerdo con las formas y términos indicados en la ley de contratación aplicable.

Al respecto, señaló[302]:

> ***"a****. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*
>
> *El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. (....)*
>
> ***b.*** *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. (....)*
>
> *Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.*
>
> ***c.*** *La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente".*[303]

Por ello, el contrato de prestación de servicios como instrumento de gestión y utilizado por la Administración Pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos, debe conservar las características de autonomía del contratista, especialidad y temporalidad de la gestión y su excepcionalidad.

302 Corte Constitucional C- 154 de 1997.

303 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1693 de 2005.

Sin embargo, se trata de un contrato que se ha caracterizado por tener un objeto amplio, que en la práctica hace difícil su concreción y que lo acerca a otras tipologías contractuales e incluso al ejercicio mismo de funciones administrativas.

### b. Los contratos estatales de prestación de servicios no pueden incorporar el ejercicio de funciones administrativas

El artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, señala que el contrato de prestación de servicios se celebra para el desarrollo de actividades que se encuentren relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Esta expresión parece indicar que se puede adelantar cualquier tarea sin restricción, encomendada o relacionada con el obrar administrativo.

Bajo una interpretación literal de esta premisa, sería viable incorporar actividades propias de las plantas de personal, incluso aquellas que implican el ejercicio de prerrogativas de poder, en virtud a que la creación de estos empleos públicos se encaminan también a asegurar el cumplimiento de objetivos institucionales[304].

Sin embargo, tanto la Corte Constitucional[305] como la Sección Tercera[306] y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado han sido claras en señalar que los contratos de prestación de servicios no pueden incorporar el ejercicio de funciones administrativas y de prerrogativas o potestades propias de la entidad estatal.

Es precisamente este carácter restringido, excepcional y alternativo el que conduce a la Sala a afirmar que el contratista de prestación de servicios (sea persona natural o jurídica) no adelanta funciones de carácter administrativo, pues las prestaciones por éste desplegadas no se traducen en el ejercicio mismo de las competencias administrativas atribuidas a la entidad por el ordenamiento jurídico sino en una colaboración o apoyo en su cumplimiento[307].

En el mismo sentido, en la doctrina española[308], el contrato de prestación de servicios no implica el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

En efecto, estos contratos tienen por objeto, las prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, esto es, la realización de servicios diversos, que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Estas actividades pueden ser de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza aná-

304 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 2014-00540.

305 En especial. Corte constitucional Sentencias C-866 de 1999 y C.702 de 1999, las cuales se refirieron a la exequibilidad e inexequibilidad de algunos apartes de la Ley 489 de 1998 relacionados con los requisitos consagrados en la ley para que los particulares puedan ejercer funciones administrativas

306 Entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio de 2011. Esta sentencia se refiere a la prohibición para que particulares puedan ejercer las funciones administrativas de recaudo y cobro coactivo de las sanciones impuestas en el sector de tránsito. Asimismo, sobre la ilegalidad de pactarlas mediante un contrato de prestación de servicios.
En igual sentido. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011, en la cual se señala que el contratista de prestación de servicios no adelanta funciones de carácter administrativo, sino solo de colaboración y apoyo. Por ello, no puede atribuírsele la facultad del cobro coactivo en la imposición de tributos.

307 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 2014-00540

308 Artículo 10 de la LCSP.

loga, servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones y programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración y de libre utilización por la misma, etc.[309]

Ahora bien, desde esta perspectiva las tareas de apoyo a la gestión de la entidad, en la medida en que comprendan actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad, el cumplimiento de sus funciones y el logro de sus fines, bien pueden ser el objeto de un contrato de prestación de servicios. En otros términos, es de la esencia de este contrato servir de instrumento de apoyo o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones, obteniendo en su beneficio el desarrollo de actividades que tengan un nexo causal claro o correlación con las tareas que tiene asignadas la entidad.

La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la procedencia de contrato de prestación de servicios en la medida que incorporen labores de apoyo y coordinación en la función administrativa a cargo de la entidad estatal.

Este fue el criterio acogido en la Decisión 22 de marzo de 2017, Exp. 2016-191, para resolver un conflicto de competencias, en la cual se consideró que los contratos de prestación de servicios de apoyo a las funciones pensionales de entidades estatales como la UGPP, no implicaban el ejercicio de funciones administrativas.

En el mismo sentido, en la Decisión del 4 de noviembre de 2004 (2004-01592) se hizo énfasis en que las actividades contratadas para colaborar con la administración en el ejercicio de sus cometidos estatales no implica el cumplimiento de funciones administrativas ni el ejercicio de poderes inherentes al Estado y de sus prerrogativas.

### c. Selección del contratista

Como es sabido, la regla general en los procesos de contratación estatal corresponde al proceso de licitación, salvo norma expresa que regule o autorice un proceso de selección distinto. Entre estos casos, la contratación directa: (i) por menor cuantía o (ii) para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

Al respecto, el Decreto 1082 de 2015, mediante el cual se expide el "*Decreto Único del Sector Administrativo de Planeación Nacional*", consagra la modalidad de contratación directa en el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo.

El artículo 2.2.1.2.1.4.9 señala:

> *"Artículo 2.2.1.2.1.4.9, contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden ser encomendarse*

309 García de Enterría y Fernández. Decimosexta Edición. Thomson Reuters, p. 783.

*a determinadas personas naturales. Las entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto de contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita"(…).*

La Sala en anterior ocasión señaló, que la excepción de contratación directa para la prestación de servicios profesionales comprende aquellas modalidades de servicios que correspondan con los supuestos de hecho allí previstos que implican una relación de causalidad entre las condiciones, capacidad o conocimientos del contratista y el objeto del contrato. De esta manera, resulta aconsejable el establecimiento del vínculo contractual específico entre la entidad estatal y un sujeto determinado, pues sobre estas bases se justifica exceptuar unos contratos del procedimiento de licitación, sin perjuicio, claro está, del deber de selección objetiva (art. 29)[310].

Así, en los contratos consultados, y en lo referente a bienes inmuebles con el fin de atender los requerimientos de arreglos locativos o de mantenimiento de las sedes de la entidad, la prestación de hacer del contrato no corresponde a estos requisitos propios del contrato de prestación de servicios.

## 3. La Contribución "Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" y su forma de pago.

### a. Definición y elementos.

Sobre esta contribución parafiscal, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en anteriores Conceptos[311], estudió *el origen, los elementos esenciales, la vigencia, la forma de pago y otros aspectos de este tributo*, *así como su aplicabilidad a diferentes tipos de entidades y contratos*. Dado que la presente consulta recae sobre el mismo gravamen, la Sala reitera las consideraciones expuestas en estos conceptos y hará énfasis en los aspectos pertinentes para absolver las preguntas planteadas.

La Ley 1697 de 2013, creó la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades estatales de Colombia", como una contribución parafiscal con destinación específica para el fortalecimiento de las universidades estatales, administrada directamente por el ente autónomo en cuyo favor se impone el tributo[312].

En cuanto a los elementos de la contribución, la Ley 1697 de 2013 y el Decreto 1050 de 2014[313], mencionan los siguientes: (i) **el sujeto pasivo** es la persona natural o jurídica, consorcio, unión temporal que funja como *contratista* en los negocios jurídicos contem-

310 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1693 de 2005.

311 Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2229 de 2015, 2271 de 2016, 2229 de 2017, 2324 de 2017.

312 Ley 1697 de 2013, artículo 2º.

313 *"Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia y se dictan otras disposiciones":*

plados como hecho generador del tributo, definido en el artículo 5, (ii) **el hecho generador** de la contribución se compone de un elemento objetivo asociado a la suscripción de contratos de obra y, uno subjetivo, en tanto requiere que los contratos sean suscritos por las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (iii) **el sujeto activo,** la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales y (i) **la base gravable y tarifa,** el sujeto pasivo pagará por las suscripciones de los contratos de obras pública y sus conexos en función de las siguientes bases y tarifa: entre 1 y 2000 S.M.L.V pagarán el 0.5%. Los contratos entre 2001 y 6.000 S.M.L.V. pagarán el 1% y los contratos mayores a 6.001 pagarán el 2%.

### 1) Sujeto pasivo

Dada la redacción del artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados son aquellos que suscriban *las entidades del orden nacional*, advirtiéndose que seguidamente el legislador hace remisión a la descripción que sobre entidades estatales contiene el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, lo que significa que para determinar que ha de entenderse por entidad del orden nacional se debe acudir a la descripción que de ellas se hace en la Ley 80 de 1993[314].

En efecto, si bien el artículo 2º del Estatuto Contractual se refiere a las entidades estatales que tienen capacidad para contratar, hay que aclarar que tal calificación no es la relevante para determinar la naturaleza jurídica de una entidad pública y menos aún que el régimen contractual que se aplique resulte preponderante para fijar dicha categoría. Lo anterior, con el propósito de establecer la contribución parafiscal prevista en la Ley 1697 de 2013 puesto que para precisar el hecho gravable es necesario y suficiente identificar si la entidad contratante es del orden nacional, en los términos descritos en la norma en comento.

Así pues, al revisar los artículos 5º de la Ley 1697 de 2013 y 2º de la Ley 80 de 1993, se puede afirmar que se consideran entidades del orden nacional no solo las que hacen parte de las ramas del poder público y sus entidades descentralizadas, sino también aquellas entidades u organismos del Estado que se les haya otorgado capacidad para celebrar

---

"Artículo 6°. *Del Hecho Generador.* De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados por la contribución parafiscal Estampilla Pro-Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, son aquellos que cumplen con las siguientes dos (2) condiciones:
*1. Ser de aquellos denominados de Obra y sus adiciones en dinero, o tratarse de sus contratos conexos.*
*El contrato de obra es aquel celebrado para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*
*Contratos conexos serán aquellos que tengan como objeto el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría. 2. Ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual".* Es importante observar que la norma legal y el decreto incorporan entre las consideraciones para la causación de la contribución la definición del contrato de obra que consagra el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es "***1º. Contrato de obra.*** *Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".*

314 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2324 del 12 de diciembre de 2017, la Sala señaló que para determinar las entidades nacionales a que se refiere el hecho generador de la estampilla en el inciso 1 del artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, la ley remite a lo señalado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, de tal manera que, para entender cuándo puede realizarse el hecho generador del tributo se debe tomar como referente las entidades estatales nacionales señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y para ello el legislador utilizó la técnica de remisión normativa para precisar las entidades nacionales que pueden ser susceptibles de realizar el hecho generador de la estampilla, con la precisión de que tratándose de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, con capital público igual o menor al 50%, también estas tipologías contractuales se encuentran previstas, a manera enunciativa, en el hecho generador del tributo siempre que se trate de contratos de obra, con cargo a recursos del Presupuesto.

contratos, independientemente del régimen de contratación que apliquen, pues ello no define su naturaleza[315].

### 2) Sujeto activo

El sujeto activo de la relación jurídico – tributaria creada por la Ley 1697 de 2013 es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), entidad que ostenta la calidad de acreedor de la obligación tributaria.

La obligación tributaria ha sido definida por la jurisprudencia como un vínculo jurídico entre el Estado y las personas, en donde estas tienen una obligación para con aquel de dar, hacer o no hacer.

La función de fiscalización tributaria ha sido definida por la doctrina como aquella facultad que tiene la administración tributaria encaminada a asegurar el efectivo cumplimiento de normas sustanciales, es decir a través de dicha función se vigila el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes y las correspondientes consecuencias jurídicas en caso de que no se cumplan con estas obligaciones.

En consecuencia, dado que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) es el sujeto activo de la contribución estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" es de su competencia ejercer la fiscalización de la misma, en los términos de ley.

Cabe precisar que la función asignada al Ministerio de Educación Nacional en relación con la contribución, es la de dirigir y administrar el Fondo Nacional de las Universidades Estatales creado por la Ley 1697 de 2013 "para recaudar y administrar los recursos provenientes de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia". Esta función debe ser entendida como la atribución de gerenciar (funciones administrativas, financieras y contables) y distribuir unos recursos públicos en los términos del artículo 11 de la Ley 1697 de 2013.

Por tanto, será la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), como acreedor de la obligación tributaria contenida en la "Estampilla Pro Universidad Nacional de Co-

315 La Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto 2229 AD del 27 de noviembre de 2017, se refirió sobre los sujetos pasivos que contempla la Ley 1697 de 2013, para considerar que el Banco de la República podría ser un sujeto pasivo de la contribución, al respecto, sostuvo: *"Una interpretación sistemática del artículo 5 de la Ley 1697 de 2013 y 2º de la Ley 80 de 1993, permite aseverar que se consideran entidades del orden nacional no solo las que hacen parte de las ramas del poder público y sus entidades descentralizadas, sino también aquellas entidades u organismos del Estado que se les haya otorgado capacidad para celebrar contratos, independientemente del régimen de contratación que apliquen, pues ello no define su naturaleza, lo que implica que se deben incluir los entes autónomos e independientes o las entidades estatales que tenga un régimen especial, a los que alude el artículo 113 de la Constitución. (…) En virtud de la autonomía administrativa y técnica que le fue atribuida al Banco de la República y a su naturaleza única, ello no permite ubicarlo en ninguna de las ramas del poder público, como tampoco hace parte del órgano de fiscalización o de la organización electoral como lo ha señalado la Corte Constitucional; empero, a pesar del régimen especial propio del Banco de la República, ello no significa que pueda ubicarse como una entidad aislada del Estado sino que hace parte del mismo. (…) Es innegable, entonces, que el Banco de la República a pesar de que sea una entidad de naturaleza única y cuente con un régimen jurídico propio contenido en los artículos 371 y 372 de la Constitución, en la ley 31 de 1992 y en sus estatutos – decreto 2520 de 1993-, hace parte de la estructura del Estado, y por tal razón, debe ser considerado como una entidad pública del orden nacional. A lo anterior, cabe agregar que la Ley 31 de 1992 le otorgó capacidad al Banco para celebrar contratos. (…) De acuerdo con las consideraciones expuestas en el concepto, los contratos de obra y los conexos que celebre el Banco de la República si están comprendidos dentro del hecho generador de la "estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás Universidades Estatales de Colombia" de que trata la Ley 1697 de 2013".*

lombia y demás universidades estatales", quien tiene la facultad de exigir su pago, una vez se verifique el hecho generador, a través del cobro coactivo[316].

### 3) Base gravable y tarifa

La base gravable es determinada por la ley con base en el valor del contrato de obra y en el valor de sus contratos conexos. La ley no señala la posibilidad que se le apliquen descuentos al valor del contrato para efectos de determinar la base gravable. En consecuencia, es el valor pactado y sus adiciones lo que define la base gravable y por ende, la tarifa a aplicar para efecto de la retención por concepto de contribución de la estampilla[317].

### 4) Hecho generador

El artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, describió el hecho generador de la contribución, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 5°. Hecho generador.*** *Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2.*
>
> ***Parágrafo.*** *Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación".*

De otra parte, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015, mediante el cual se compilan las normas del sector educación, dispone:

> ***"Artículo 2.5.4.1.2.1. Del hecho generador.*** *De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados por la contribución parafiscal Estampilla Pro*

316 Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2324 del 12 de diciembre de 2017

317 Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2324 del 12 de diciembre de 2017, sobre la determinación de la base gravable de la contribución en los contratos adicionales, la Sala consideró, que para establecer la base gravable debe tenerse en cuenta el valor total del contrato, es decir su valor inicial más sus adiciones en dinero, al respecto señaló: *"Ahora bien, la pregunta que se formula es ¿cómo se determina la base gravable y la tarifa en adiciones a los contratos de obra y sus conexos, cuando el contrato fue suscrito luego de entrada en vigencia la Ley 1697 de 2013? Si su cálculo se determina de manera independiente según el valor del contrato inicial y según el valor de la adición o se determina tomando el valor final del contrato (valor inicial + adiciones). Adicionar un contrato implica modificar en sus elementos accidentales el contrato inicial pero no puede conllevar a la modificación del objeto. Las adiciones forman parte del mismo contrato, forman un todo, hay un nexo causal inescindible entre el contrato y su adición. (…) En consecuencia, para establecer la base gravable debe tenerse en cuenta el valor total del contrato, es decir su valor inicial más sus adiciones en dinero. La retención de la estampilla debe realizarla el pagador de la entidad que haya suscrito el contrato de obra o sus conexos de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista. Por lo tanto, los pagadores de las entidades contratantes deben hacer las retenciones respectivas de manera proporcional a cada pago aplicando la tarifa de la base correspondiente al valor del contrato en el momento que se efectúe cada pago. Sin embargo, si se genera un ajuste de la base gravable como consecuencia de la adición al valor del contrato, los pagadores deben realizar las reliquidaciones a lo ya retenido aplicando la tarifa correspondiente a la base gravable ajustada. En todo caso, antes de realizarse el último pago pactado se debe verificar de acuerdo con el valor total del contrato (valor inicial + adiciones), en qué base se ubica definitivamente el mismo para así proceder a hacer los reajustes respectivos y el correspondiente recaudo. Por último, siendo la naturaleza jurídica de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" una contribución parafiscal, todo lo relacionado con los elementos de dicho tributo y de manera específica con la aplicación de la base gravable y la tarifa debe seguir los principios del derecho tributario".*

*Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, son aquellos que cumplen con las siguientes dos (2) condiciones:*

*1. Ser de aquellos denominados de Obra y sus adiciones en dinero, o tratarse de sus contratos conexos.*

*El contrato de obra es aquel celebrado para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*

*Contratos conexos serán aquellos que tengan como objeto el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría.*

*2. Ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual".*

Respecto al hecho generador o gravable se requiere que se cumplan dos condiciones: (a) la celebración de contratos de obra cualquiera que sea su modalidad de pago, sus adiciones en dinero o contratos conexos a ellos. Y (b) que dichos contratos sean celebrados por entidades del orden nacional definidas por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual[318].

Los contratos de obra, según la Ley 1697 de 2013 y el Decreto 1075 del 2015, son aquellos celebrados "para la construcción, *mantenimiento*, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago", y los contratos conexos son aquellos "que tengan como objeto el diseño, operación y *mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles*, además de los contratos de interventoría".

En forma adicional, son conexos todos los "demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2", es decir los contratos de consultoría siempre que el proyecto al que se

318 Frente a los elementos constitutivos del hecho generador, esta Sala en Concepto No. 2271 de 10 de mayo de 2016, abordó el estudio de dichos presupuestos, destacando que uno de ellos es el elemento subjetivo que alude a las entidades que celebran los contratos gravados, frente a lo cual precisó: *"Es de notar que la ley cualifica la parte contratante en esta clase de negocios, al señalar que debe ser una entidad del orden nacional, de aquellas definidas en el artículo 2º de la Ley 80, pero no hace lo mismo con la parte contratista. Ahora bien, el artículo 2°, numeral 1° de la Ley 80 de 1993 dispone, en su parte pertinente, lo siguiente: "Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) el Senado de la República… los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. (…)" Como se observa, la definición de "entidades estatales" que hace la norma citada incluye entidades públicas de todos los órdenes o niveles territoriales. Sin embargo, la Ley 1697 solamente menciona a aquellas que sean "del orden nacional" y actúen como contratantes, para efectos de establecer los contratos cuya celebración genera la contribución parafiscal que nos ocupa. Al mismo tiempo, obsérvese que la norma citada incluye algunas entidades de forma directa y específica, entre las cuales menciona a los departamentos administrativos, y designa a otras instituciones en forma genérica o mediante una remisión abierta a otras disposiciones constitucionales y legales. Este último es el caso de "las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles" y de "los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos". "… (i) El tributo se causa por la celebración o suscripción de contratos de obra, "contratos conexos" (como los define el artículo 5º de la Ley 1697) y sus adiciones que impliquen un aumento en el valor del contrato original, en los que actúe como parte contratante cualquiera de las entidades estatales definidas en el artículo 2º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, siempre que se trate de una entidad del orden nacional".*

refieran esté relacionado con un contrato de obra, a saber: (i) estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, (ii) estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para proyectos específicos, (iii) asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, (iv) asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación, ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos[319].

La Sala mediante concepto 2271[320], al referirse a los negocios jurídicos cuya celebración causa el tributo (i) contrato de obra, (ii) adiciones en dinero y (iii) aquellos que la ley 1697 denomina "contratos conexos", señaló:

> *"Los primeros están definidos en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como aquellos "que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".*
>
> *En cuanto a los "contratos conexos", el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 dispone que se trata de aquellos cuyo objeto consista en el "diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2". Por su parte, el artículo 2.5.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015 solamente incluye en esta categoría los contratos que tengan por objeto "el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría", dejando de lado a los demás que señala el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80".*

Ahora bien, dado que la disposición señala que el hecho gravable recae sobre los contratos de obra cualquiera que sea la modalidad de pago, recuerda la Sala que "dentro de las modalidades de pago del contrato de obra existen i) el contrato a precio global, ii) contrato por precios unitarios, iii) contrato de administración delegada y iv) reembolso de gastos". En cuanto a las adiciones en dinero, estas también constituyen un hecho generador de la estampilla.

Sobre los elementos esenciales de la contribución de la "Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", el Concepto 2271 atrás citado, concluyó:

*(i) El tributo se causa por la celebración o suscripción de contratos de obra, "contratos conexos" (como los define el artículo 5º de la Ley 1697) y sus adiciones que impliquen un aumento en el valor del contrato original, en los que actúe como parte contratante cualquiera de las entidades estatales definidas en el artículo 2º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, <u>siempre que se trate de una entidad del orden nacional</u>.*

*(ii) Los "contratos conexos" incluyen, además de los de diseño, operación e interventoría, todas las modalidades del contrato de consultoría a que alude el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80, siempre que el proyecto al cual se refieran los respectivos*

319 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2229AD del 27 de noviembre de 2017
320 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2271 del 10 de mayo de 2016

*servicios consista en la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier otro trabajo material sobre un bien inmueble.*

*(iii) La naturaleza jurídica del contratista (es decir, quien realiza o ejecuta la obra encomendada, o presta los servicios contratados, según el caso) resulta, en principio, indiferente para efectos de este gravamen. Por lo tanto, en los contratos que se relacionan en los numerales anteriores, el contratista puede ser cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o público, que tenga la capacidad legal (y, en su caso, convencional o estatutaria) para realizar los trabajos o prestar los servicios encomendados. Dicho contratista es el sujeto pasivo de la obligación tributaria sustancial, que cumple, en principio, mediante la retención del gravamen que le debe hacer la entidad contratante sobre cada pago derivado del contrato".*

Así pues, el hecho generador del tributo de la "Estampilla Pro Universidad Nacional y demás entidades estatales de Colombia" lo constituye ***todos los contratos de obra*** celebrados por las entidades nacionales descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. En esas circunstancias, no es relevante si su régimen contractual es el de la Ley 80 de 1993 u otro especial, porque este no es un factor que determine el hecho generador[321].

### b. Pago de la contribución estampilla "Pro universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"

Teniendo en cuenta que el objeto de los contratos celebrados por el Ministerio se refieren al mantenimiento de bienes inmuebles, deben considerarse que se encuentran gravados con la "Estampilla Pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia" que consagra la Ley 1697 de 2013".

Por lo tanto, procede la Sala a resolver la segunda pregunta planteada por esa cartera ministerial, que consiste en determinar el procedimiento para cancelar el pago de la obligación tributaria sobre los contratos de servicios de mantenimiento suscritos con anterioridad.

Se advierte en forma previa que le corresponderá al Ministerio analizar en forma específica el objeto de cada uno de estos contratos para determinar cuáles y en qué forma incorporan un trabajo material sobre bienes inmuebles o están referidos a los contratos conexos a que alude la Ley 1697 de 2013.

Como se expresó, la contribución no está prevista sobre otras prestaciones realizadas sobre el mobiliario o bienes muebles en los términos analizados.

Sobre esta consulta, la Sala mediante Concepto 2324 de 2017, describió la siguiente "ruta" para obtener el pago de la contribución:

321 Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 30 de junio de 2016, Rad. 2015-00066(22069), mediante el cual, al resolver la medida cautelar de suspensión provisional, contra los apartes de los artículos 6 y 7 del Decreto 1050 de 2014, *"por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia y se dictan otras disposiciones"*, consideró que el aparte del artículo 6º que ser refiere a *"independientemente de su régimen contractual"*, no vulnera lo dispuesto en la ley creadora del tributo, porque todos los contratos de obra celebrados por las entidades nacionales descritas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se encuentran gravados con el tributo.

De acuerdo con el artículo 9º de la Ley 1697, a la entidad contratante le corresponde retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla.

De igual forma, le corresponde descontar su pago de los saldos existentes a favor del contratista si no se realizó la retención, o en su defecto, solicitarle el pago de la contribución. De no obtenerlo, deberá dar traslado a la DIAN para que ejerza sus funciones como acreedor de la obligación tributaria.

La norma legal señala:

> ***"Artículo 9°. Causación.*** *Es obligación de las entidades contratantes retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de estampilla definido según el Artículo 8° de la presente ley".*

Los actos mediante los cuales el pagador liquida y retiene el tributo pueden ser impugnados de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Le corresponde a la DIAN la facultad para hacer el cobro coactivo de los recursos de la Estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", como sujeto activo de la obligación tributaria, cuando observe que una entidad no efectuó la retención, la hizo incorrectamente o el contratista no procedió a su cancelación.

Este cobro coactivo se realiza de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006, que corresponde al definido en el Estatuto Tributario. El proceso de cobro coactivo administrativo es una prerrogativa que se le concede a la administración para que ejecute una deuda respecto de la cual ella misma es acreedora, sin necesidad de acudir a un trámite judicial.

Las entidades contratantes una vez efectuada la retención deben transferir los recursos a la cuenta que se defina para tal fin y dentro de los plazos señalados en el artículo 7º del Decreto 1050 de 2014.

El Ministerio de Educación Nacional debe velar porque los recursos ingresen efectivamente al Fondo. Si esto no sucede, debe informar al acreedor de la obligación tributaria (DIAN) para que, en ejercicio de su función de fiscalización, esta entidad inicie el trámite pertinente para el cobro de dichos recursos, previo la elaboración de la liquidación del tributo con los intereses generados.

Toda la documentación que se genere en las entidades obligadas a hacer la retención de las sumas correspondientes a la contribución y en el Ministerio de Educación como administrador y director del Fondo, sirven de prueba para que la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, en ejercicio de su función de fiscalización, adelante las

actuaciones tendientes a determinar la contribución, sin perjuicio de las demás pruebas obtenidas dentro de la investigación que lleve a cabo para tal fin.

Esta liquidación que hace la DIAN es la que sirve de título ejecutivo para iniciar el proceso de cobro coactivo. Efectuada la liquidación, si el contribuyente no paga, la DIAN debe producir un mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes, el cual debe ser notificado al responsable de la obligación.

Es importante señalar que en el procedimiento de cobro coactivo por regla general no proceden recursos, excepto cuando de manera expresa se señalen para las actuaciones definitivas.

Sin perjuicio de lo anterior y de manera previa, la DIAN en ejercicio de su función fiscalizadora, a través de conceptos tiene la facultad de aclarar los temas en los que exista discusión jurídica y atender cada caso en concreto.

Por último, la Sala sugiere a la entidad contratante, en este caso al Ministerio del Interior, para que en adelante, al momento de celebrar los contratos de mantenimiento, realice procedimientos y contratos diferentes para el mantenimiento sobre bienes inmuebles y para las prestaciones relacionadas sobre bienes muebles. Lo anterior, para efectos de determinar con claridad la contribución parafiscal que se causa en los primeros contratos calificados como contratos de obra.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

## IV. LA SALA RESPONDE:

1. *¿Los contratos de prestación de servicios de mantenimiento y arreglos locativos para las sedes de la entidad (que implican suministro de personal, materiales y repuestos para los sistemas de agua potable, redes eléctricas, redes hidrosanitarias (fontanería), aires acondicionados y los arreglos locativos) encuadran en la tipología de los contratos de obra prevista en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP), o se trata de contratos de prestación de servicios en los términos previstos en el numeral 3º del artículo 32 ibídem, para efectos de lo previsto en la Ley 1697 de 2013?*

Los contratos que incorporen el mantenimiento de bienes inmuebles para las sedes de la entidad con las actividades y los supuestos señalados en la pregunta, son contratos de obra, según el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y por lo tanto están sujetos a la contribución de que trata la Ley 1697 de 2013, en los términos expuestos en este dictamen.

*"2. Según la respuesta dada a la inquietud anterior, ¿cuál sería el trámite que debe adelantar el Ministerio del Interior para cancelar el pago de esa obligación tributaria sobre los contratos de prestación de servicios de mantenimiento suscritos con anterioridad?"*

De acuerdo con el artículo 9º de la Ley 1697 de 2013, a la entidad contratante le corresponde retener de manera proporcional al pago o pagos realizados al contratista, el porcentaje correspondiente a la contribución de la estampilla.

De igual forma, le corresponde descontar su pago de los saldos existentes a favor del contratista si no se realizó la retención, o en su defecto, solicitarle el pago de la contribución. De no obtenerlo, deberá dar traslado a la DIAN para que ejerza sus funciones como acreedor de la obligación tributaria, en virtud del artículo 7º de la Ley 1697 de 2013.

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 de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

# VII. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

## 1. Consulta previa. Protocolo de Nagoya

**Radicado 2334**

Fecha: 20/06/2017
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 15 de enero de 2018

El Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible consulta a la Sala acerca de la necesidad de agotar la consulta previa con las comunidades étnicas para iniciar el proceso de ratificación del "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización" y para las medias legislativas que desarrollen de manera específica el objetivo del tratado.

### I. ANTECEDENTES

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

1. El "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización" fue adoptado en el año 2010 en el marco del Convenio sobre Diversidad Biológica. Su entrada en vigencia inició en el año 2014.

2. A pesar de que Colombia tuvo un papel activo en la negociación del tratado y fue el primer país en firmarlo (en febrero de 2011), aún no ha iniciado el proceso de ratificación.

3. El Protocolo se aplica a los recursos genéticos definidos en el artículo 2º del Convenio sobre Diversidad Biológica. Su ámbito de aplicación se extiende a los beneficios que se derivan de la utilización de los referidos recursos. También se refiere a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

4. El Protocolo constituye un instrumento jurídicamente vinculante a nivel internacional, que actúa como salvaguarda para los pueblos indígenas y comunidades locales y demanda de los obligados garantizar el respeto y la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, así como también el reconocimiento de los beneficios a la respectiva comunidad.

5. A través de la Ley 31 de 1967 se incorporó al ordenamiento nacional el Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre "Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes", iniciándose de esta manera la protección de los derechos de los grupos étnicos. Posteriormente mediante la Ley 21 de 1991 se adoptó el Convenio 169 de la OIT "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes", el cual obliga a los Estados partes a considerar el parecer de los pueblos indígenas y tribales antes de proferir decisiones legislativas o administrativas que puedan afectarlos. Lo anterior con el fin de permitir a las comunidades asumir el control de sus instituciones y de sus formas

de vida, y decidir lo pertinente a su desarrollo económico. El Convenio, en virtud del artículo 93 de la Carta Política, hace parte del bloque de constitucionalidad.

6. La consulta de los pueblos indígenas para la adopción de medidas administrativas y legislativas que los afecten encuentra reconocimiento, además del artículo 6º del referido Convenio 169 de la OIT, en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

7. Asimismo, la Constitución Política concede especial protección al derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos en aquellas decisiones que los puedan afectar, protección que se traduce en permitir que las comunidades participen de manera libre, previa e informada.

8. Frente a la necesidad de adelantar un procedimiento de consulta previa para la ratificación de protocolos o tratados internacionales de carácter general, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-317/12 que la consulta no debía realizarse respecto a la medida legislativa, sino ante los posteriores desarrollos derivados de esta, los cuales son los que finalmente regulan la materia.

9. Sin embargo, esta postura fue modificada posteriormente a través de la decisión C-1051/12, en el sentido que de la obligación de consultar a las comunidades étnicas surgía, independientemente de si la medida legislativa es de carácter general y requiere de acciones ulteriores para su aplicabilidad.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1 "Teniendo en cuenta los dos fallos mencionados, para el caso de la Ley aprobatoria del Protocolo de Nagoya considera el Consejo de Estado que el Ministerio de Relaciones Exteriores, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ¿puede proceder a presentar directamente el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo del Congreso? En caso afirmativo, ¿considera el Consejo de Estado que debe adelantarse consulta previa para el desarrollo de la legislación interna encaminada a la implementación del Protocolo en Colombia?

## II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las distintas preguntas objeto de la consulta, la Sala se referirá en primera instancia a: i) las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, ii) la consulta previa a las comunidades étnicas y iii) el Protocolo de Nagoya.

### 1. Las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012

Teniendo en cuenta que el ministerio consultante se refiere a las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, a continuación la Sala hará una breve referencia de cada una de estas decisiones.

### 1.1. La sentencia C-317 de 2012

En esta decisión la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del Acto Legislativo 05 de 2011, *"por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones".*

Dentro de su análisis la Corte identificó el siguiente problema jurídico:

> *¿El Acto Legislativo 05 de 2011 conlleva una afectación directa, específica y particular sobre los pueblos indígenas y tribales del país, en forma tal que se active la obligación internacional y constitucional del Gobierno colombiano de llevar a cabo un proceso de consulta previa antes de su trámite ante el Congreso?*

Frente a este interrogante, la respuesta fue negativa al considerarse que:

> *"(…) el Acto Legislativo 05 de 2011 no consagra una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que por el contrario, únicamente sienta las bases constitucionales generales del sistema, y remite por mandato expreso del nuevo inciso 2 del artículo 360 Superior a una ley de desarrollo en la cual se habrá de consagrar, con todo su detalle, el régimen legal de las regalías en Colombia".*
>
> *(…)*
>
> *Por las anteriores razones, la Corte concluye que el Acto Legislativo 05 de 2011, al no incorporar en sí mismo ninguna medida susceptible de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país, no debía ser obligatoriamente materia de consulta previa – lo que sí ocurrirá con la ley de desarrollo del sistema de regalías a la que alude el inciso 2 del nuevo artículo 360 de la Constitución, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo que se revisa".*

Adicionalmente, la Corte exhortó al Congreso a establecer un marco legal que regule en forma comprensiva y consistente con el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional, el derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes a la consulta previa, libre e informada de las medidas legislativas, administrativas u otras, que les puedan afectar directamente.

### 1.2. La sentencia C-1051 de 2012

En esta oportunidad la Corte adelantó el proceso de revisión automática de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, *"Por medio de la cual se aprueba el 'Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales', del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991".*

El Tribunal Constitucional, luego de haber revisado las reglas sobre la consulta previa en materia de tratados internacionales, concluyó:

*"(…) la Corte comparte la posición adoptada por la mayoría de intervinientes, en el sentido de considerar que las normas en él contenidas regulan aspectos que pueden afectar de manera directa a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional. A juicio de la Corporación, las medidas que mediante el referido tratado se pretenden adoptar, tienen vocación de extenderse de manera particular a los grupos diferenciados teniendo en cuenta su especial condición social, económica y cultural. (…) No obstante el carácter general del Acta UPOV de 1991, en el sentido de no dirigirse a regular de manera especial -en aplicación del Convenio 169 de la OIT- la situación de las comunidades indígenas y tribales, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones tienen incidencia directa sobre elementos que son particularmente relevantes para las mismas y que guardan una íntima e indisoluble relación con su modo de vida y de subsistencia, como son el territorio y la explotación de los recursos naturales existentes en éste, concretamente, en lo que corresponde a ciertos aspectos vinculados con la actividad agrícola que desarrollan.(…) el alcance directo y específico de la afectación que el Convenio puede generar sobre las comunidades indígenas y tribales, surge, precisamente, del alcance general e integral que se le dio al mismo, en cuanto que sus previsiones, si bien se dirigen a todos los sectores de la población colombiana cuya actividad está inscrita en el ámbito de aplicación del Convenio, las mismas son susceptibles de afectar a tales comunidades en una dimensión muy particular, cual es, se insiste, la especial vinculación que éstas mantienen con el territorio y los recursos naturales, y, por esa vía, con la protección que podrían aspirar a recibir en desarrollo de la actividad de explotación y manejo de los recursos naturales, o con las limitaciones que podrían surgir como consecuencia de la aplicación del Convenio".*

Finalmente, la Corte resolvió declarar inexequible la Ley 1518 del 13 de abril de 2012.

Es importante destacar que la Sala no encuentra contradicción entre las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, pues la diferencia del resultado entre ellas obedeció a las características particulares de cada asunto. Así, a pesar de que en ambas decisiones se adelantó el mismo examen jurídico, esto es, si la medida a adoptar afectaba directamente a las comunidades étnicas, el contenido y alcance propio de cada una de las medidas estudiadas llevó a conclusiones distintas. Esta situación no debe percibirse como extraña a la luz de la jurisprudencia nacional, habida cuenta que esta ha señalado que la determinación de la afectación directa debe hacerse caso a caso.

## 2. La consulta previa

De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política, el Estado colombiano es democrático, participativo y pluralista[322]. Como expresión de este carácter, la diversidad étnica y cultural son objeto de especial protección dentro de nuestro ordenamiento[323]. Uno de

322 "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

323 "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". Constitución Política, artículo 7º. "Desde muy temprano esta Corporación ha entendido que el pluralismo es un objeto de especial reconocimiento y protección constitucional, puesto (i) que en Colombia existe una alta diversidad de culturas e identidades étnicas, (ii) merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) constitutivas de la identidad general del país y (iv) titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo".

los mecanismos que existen para materializar este deber lo constituye el derecho fundamental a la consulta previa[324], la cual ha sido concebida como:

> *"[L]a garantía instituida a favor de los pueblos indígenas y tribales de contar con un espacio previo y efectivo para pronunciarse y hacer manifiesta sus opiniones sobre todos aquellos (i) proyectos, obras o actividades (tema objeto de consulta), o (ii) medidas legales o administrativas, que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones"[325].*

A través de la consulta previa se busca que las comunidades étnicas puedan decidir sus prioridades en materia de desarrollo y organización y que las medidas que las afecten sean respetuosas de su vida, creencias e instituciones[326].

El derecho a la consulta previa encuentra fundamento jurídico tanto en instrumentos internacionales, como en disposiciones del orden nacional. Así, debe mencionarse principalmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 21 de 1991.

El Convenio tiene como uno de sus objetivos promover la participación de los referidos pueblos en las decisiones que los afectan[327]. En línea con este propósito, el artículo 6º señala:

---

Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. "Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

324 "En el desarrollo de su jurisprudencia, en particular en la sentencia C-169 de 2001, reiterada por la sentencia SU-383 de 2003 entre otras, esta Corporación ha indicado que una de las formas de materializar dicha protección constitucional, se da a través del ejercicio del derecho que tienen los grupos étnicos a participar en las decisiones que los afectan". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16. "La Corte ha destacado que el derecho fundamental a la consulta previa tiene sustento constitucional en la visión pluralista de nuestra sociedad, en la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables (artículo 13 CP); en la diversidad étnica que prescribe el respeto de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación (artículo 7º CP) y en el mandato que rechaza la imposición de la forma de vida mayoritaria (artículo 70 CP)". Corte Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2014, T-396/14. "El derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que tengan el potencial de afectarlos, advirtió, es una modalidad de participación de amplio espectro, que además es la "la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexa". Corte Constitucional. Sentencia del 26 de agosto de 2015, T-550/15.

325 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290). "En otros términos, de conformidad con el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, la consulta previa consiste en el deber de, valga la redundancia, "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

326 "Así la consulta previa se basa en el derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades dentro de los procesos de desarrollo y planes de organización que tengan dentro de su comunidad, haciendo que las decisiones y las medidas tomadas por el Estado concernientes a la explotación de recursos naturales, a planes de desarrollo sostenible o en medidas que afecten a éstas comunidades, sean proporcionales, coherentes y respetuosas de sus vidas, sus creencias, instituciones y bienestar espiritual, de la cosmovisión en el uso y utilización de la tierra y sus recursos". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2015. Radicación número: Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)B.

327 "Este Convenio, el 169, se enmarca dentro de un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que las afecta. En esa medida, si bien la participación de los pueblos es la piedra angular de ese instrumento internacional, no por ello es el fin último del Tratado. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía, y todos aquellos demás derechos que son reconocidos, no atribuidos, por el Convenio 169 de la OIT. (…) Ahora bien, en este Convenio existe un especial interés en que las decisiones que puedan afectar los derechos indígenas, les sean, cuando menos, consultadas. Se trata de la materialización de su derecho a la participación consagrado desde el preámbulo del Convenio 169 de la OIT y especificado en el artículo 6º de dicho tratado. Esa institución fue denominada por ese instrumento como el derecho a la consulta previa. Sin embargo, como se señaló, el Convenio no solamente se refiere a este derecho pues la consulta tan solo opera como el instrumento que garantiza que sus tradiciones, identidad y autonomía como pueblo no sean cooptadas por la sociedad mayoritaria". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

*"1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

*b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan".*

Asimismo a nivel internacional también se destaca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual establece en su artículo 19:

*"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a n de obtener su consentimiento libre, previo e informado".*

A la luz del ordenamiento nacional, el derecho fundamental a la consulta previa encuentra sustento en los siguientes artículos de la Constitución Política: i) 1º, el cual establece que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, ii) 2º, que señala como uno de los fines estatales la participación de todos en las decisiones que los afectan, iii) 7º, que impone al Estado la obligación de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, iv) 40, disposición que reconoce el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, y v) 330, el cual señala que para la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas debe propiciarse la participación de las respectivas comunidades[328].

El derecho a la consulta previa ha sido también desarrollado a través de otros instrumentos legales y administrativos. Dentro de estos pueden señalarse: i) la Ley 70 de

328 En esta dirección, la Corte Constitucional ha indicado frente a la consulta previa: "El concepto de consulta previa fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de distintos pronunciamientos constitucionales que la Corte hizo de la interpretación de los artículos 40 y 330 de la Constitución y el ya mencionado Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con esas normas, la obligación de consultar a los pueblos étnicos es a su vez un derecho de dichas comunidades cuando quiera que se vayan a realizar proyectos, obras, actividades, o en general, se tomen o vayan a tomar decisiones que incidan directamente sobre ellos. La garantía consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos". Ibídem. "Según lo ha destacado esta Corporación, el derecho a la consulta previa encuentra pleno respaldo constitucional, en el artículo 7º de la Carta, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, en el 40-2, que garantiza el derecho ciudadano a la participación democrática, en el artículo 70 que establece como imperativo constitucional considerar la cultura fundamento de la nacionalidad, y, de manera particular, en los citados artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento Superior, los cuales, a partir del importante papel que cumple el territorio en la definición de la identidad y supervivencia de los grupos étnicos, prevén expresamente y de manera especial, el derecho a la consulta previa en favor de tales grupos, para definir los asuntos relacionados con la conformación de las entidades territoriales indígenas y con la explotación de los recursos naturales en sus territorios". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

1993[329], ii) la Ley 99 de 1993[330] (artículo 76)[331], iii) el Decreto 1320 de 1998[332], iv) la Directiva Presidencial 10 de 2013[333] y v) el Decreto 2163 de 2013[334].

Adicionalmente, la consulta previa ha sido objeto de un amplio estudio y desarrollo por parte de la jurisprudencia nacional.

### 2.1. Las principales características de la consulta previa

A la luz de la profusa jurisprudencia existente, la consulta previa goza de las siguientes características:

i) Es considerada un derecho fundamental[335], cuyos titulares son las comunidades étnicas[336].

ii) Corresponde también a un deber estatal[337] en virtud del cual el Estado debe: a) desembolsar los recursos económicos necesarios para adelantar las actividades

329 "Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política" (Ley de comunidades negras).

330 "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones"

331 "La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades".

332 "Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio".

333 Guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas.

334 "Por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones".

335 "Es importante señalar que el derecho fundamental a la consulta previa es un medio y un fin en sí mismo. Su garantía no se cumple única y exclusivamente con la realización de un trámite. Los acuerdos, e incluso desacuerdos, que se produzcan en las reuniones deben generar algún tipo de efecto. Por eso la consulta no debe ser considerada como un derecho procesal que se satisface cumpliendo con ciertas formas. En otras palabras, no basta con hacer "buenas reuniones", si lo que las comunidades señalan no tiene incidencia alguna sobre la decisión final". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, C-615/09.

336 "La consulta previa radica en favor de las comunidades étnicas (…) En palabras de la Corte, "lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. "Ahora bien, esta Sala considera necesario resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993, la expresión grupos étnicos incluye a las comunidades indígenas y a las afrodescendientes. Lo anterior ha sido reconocido por este Tribunal, en especial en la sentencia C-461 de 2008, que reiteró que las comunidades afrodescendientes también son consideradas grupos étnicos, titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, a la conservación, al uso, a la administración de los recursos naturales y a la realización de la consulta previa, en los casos en que se tomen medidas que los afecten de forma directa y específica". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16. "Cabe precisar, que la expresión grupos étnicos en nuestro ordenamiento cobija tanto a las comunidades indígenas como a las afrodescendientes, sector importante de la población, éste último, reconocido por el legislador como grupo étnico especial en la Ley 70 1993, y definido en su artículo 2-5 como "el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historias y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distingue de otros grupos étnicos". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. "Ahora bien, esta Sala considera necesario resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993, la expresión grupos étnicos incluye a las comunidades indígenas y a las afrodescendientes". Corte Constitucional. Sentencia del 6 de abril de 2016, C-157/16. "Inicialmente, la Corte ha explicado que el derecho a la consulta previa se extiende en favor de los diferentes grupos étnicos, cualquiera sea su origen y condición, entendiendo que el concepto comprende, para el caso colombiano, a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, negros o afro-descendientes y raizales". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. "La Sala concluye que en el presente asunto no era necesaria la consulta previa a los grupos étnicos, toda vez que en las disposiciones del instrumento internacional materia de examen, de los seis anexos que lo acompañan, y de la correspondiente ley aprobatoria, no se encuentran contenidos normativos que afecten de manera directa a las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, palenqueras o al pueblo Rom". Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2016, C-210/16.

337 "Así entendida, la consulta previa se constituye en un mecanismo jurídico de participación de doble vía. Por un lado, es un derecho fundamental de los grupos étnicos y, correlativamente, un deber estatal, en el sentido que corresponde a las autoridades competentes llevar a cabo los trámites requeridos para que tales grupos participen en el diseño de las políticas que, de acuerdo a su contenido material, les concierna directamente". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

de la consulta, cuando sea necesario[338], y b) proveer información completa, detallada y exacta sobre las medidas a tomar[339]. Asimismo, es el Estado quien tiene el deber de llevar a cabo la consulta, sin importar si se trata de proyectos de su propia iniciativa o de sujetos distintos[340].

iii) De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, es también un principio general del derecho internacional[341].

iv) Constituye igualmente un instrumento para materializar los derechos a la integridad, identidad, autonomía y pluralidad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas, afrocolombianos y tribales[342].

v) Tiene como propósitos principales proteger la integridad de las comunidades étnicas[343] y garantizar a estas la definición de su destino y su subsistencia[344]. Adicionalmente, la consulta previa busca obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que las afecten[345].

338 "Como este tipo de reuniones y consultas muchas veces conllevan consigo la erogación de recursos económicos por parte de los líderes de los pueblos, el Estado debe proveer recursos para tal efecto cuando ello resulte necesario". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

339 "Igualmente, debe apoyar con el previo suministro de la información completa y detallada que dé cuenta con exactitud qué tipo de medidas se van a realizar y que pueden afectar los derechos de las comunidades". Ibídem.

340 "Frente a la autoridad responsable de llevar a cabo la consulta, la Corte ha manifestado que reposa en el Gobierno el deber de promoverla en todos los casos, sin perjuicio de que se trate de proyectos de ley que sean de su propia iniciativa o de iniciativa de sujetos distintos (C.P., art. 155), y siempre que los proyectos impliquen una afectación directa y específica de los grupos étnicos. Ha explicado la jurisprudencia que, en los caso de proyectos que son de iniciativa del Gobierno, a éste le corresponde establecer si la temática propuesta tiene incidencia directa sobre las comunidades tradicionales, para efectos de proceder con el proceso de consulta, previo a la presentación de la propuesta al Congreso de la República. Tratándose de proyectos de ley que no son de iniciativa gubernamental, el Gobierno, "tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, debe acudir a las instancias previstas en la legislación para tales efectos, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos u Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 2006, para definir en ese escenario, las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados antes de que prosiga el trámite legislativo…"" Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. "Asimismo, en sexto lugar, está la competencia de las autoridades que deben realizar el proceso de consulta pues, si bien este punto también debe ser establecido en la etapa de preconsulta, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los lineamientos que deben tenerse presentes. Por un lado, en lo que tiene que ver con la competencia del Estado, el precedente constitucional estableció que el proceso de consulta es una garantía cuyo deber radica únicamente en las instituciones estatales. Así la actividad o proyecto vaya a ser desarrollado por personas particulares, la consulta previa debe ser realizada por las autoridades gubernamentales correspondientes, previamente a la autorización que legitima a la Administración o los agentes particulares a desarrollar las actividades que pueden afectar directamente a las comunidades. Además, dichas autoridades deben tener suficiente poder de representación y decisión. Por el otro lado, con respecto a la competencia de los representantes de la comunidad del precedente constitucional ha enfatizado que éstos deben ser determinados y autorizados de manera autónoma por la misma comunidad, para que gocen de legitimidad y representatividad, de tal forma que estén habilitadas para hablar y tomar decisiones en nombre de la comunidad, de acuerdo a sus procedimientos y costumbres tradicionales". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

341 "Y la jurisprudencia interamericana ha calificado el derecho-deber de consulta previa como una cuestión que ha pasado a integrar la categoría de principio general del derecho internacional: "164. (…) la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional. // 165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

342 "Partiendo del carácter constitucional y fundamental del derecho de consulta previa que, como una manifestación del derecho a la participación, se constituye en el proceso esencial a través del cual se materializan los derechos a la integridad, identidad, autonomía y pluralidad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas, afrocolombianos y tribales". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

343 "Ello significa que la consulta previa no solo es un fin en sí mismo, sino también es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. "En esta oportunidad, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales, en las que se establece que (i) la diversidad de identidades étnicas y culturales debe ser objeto de especial protección y reconocimiento constitucional; (ii) una de las formas de materializar dicha protección se da con el derecho a la participación que le asiste a los pueblos interesados, cuando se va a tomar una medida legislativa o administrativa que los pueda afectar de forma directa". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

344 "Resulta claro, entonces, que el derecho a la participación de las comunidades étnicas no se reduce simplemente a una intervención en las actuaciones administrativas encaminada a asegurar su derecho de defensa; por el contrario, esta Corporación le ha reconocido una significación mayor, en razón de los altos intereses que a través de ella se pretenden garantizar, como en efecto lo son, los referentes a la definición de su destino y a la seguridad de su subsistencia". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

345 "De lo que se trata es de buscar el consentimiento de la comunidad. La consulta es el móvil, el consentimiento el fin. (…) En síntesis, el derecho fundamental a la consulta previa no se satisface a través de cualquier mecanismo. Las reuniones que se realizan en cumplimiento de esta garantía de las comunidades deben conducir a acuerdos sensatos en los que las posiciones de las comunidades se vean efectivamente reflejadas. De lo contrario, dichas reuniones se convertirían en una burla a los pueblos si sus posturas no son respetadas. Por esa razón es que el propósito de la consulta debe conducir a buscar el consentimiento libre, previo e informado y en algunos eventos, dicho consentimiento será obligatorio". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

vi) Es una forma de concreción del poder político que la Constitución reconoce como valor fundamental del Estado[346].

vii) Representa un desarrollo especial y cualificado del principio democrático[347].

viii) No implica un derecho para vetar la medida. Por lo tanto, la consulta previa no puede utilizarse como un mecanismo arbitrario para evitar la implementación de una medida administrativa o legislativa[348].

ix) El no adelantar a cabo la consulta previa apareja como consecuencia una violación de la Carta Política[349].

x) El análisis para establecer si debe adelantarse el procedimiento de consulta previa debe hacerse caso a caso. En este sentido se ha indicado:

> *"La Corte Constitucional ha precisado reiteradamente que es necesario abordar cada medida legislativa en concreto de manera específica y particular, aplicando una metodología de análisis casuístico, porque de la estructura y contenido de cada medida dependerá si existe o no una afectación directa para los pueblos indígenas. En este sentido en la sentencia C-030/08 se afirmó que "en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunida-*

346 "Según lo ha destacado esta Corporación, el reconocimiento que la Constitución y el derecho internacional le hacen a la consulta previa, es consecuencia directa del derecho que les asiste a los grupos étnicos "de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

347 "Por último, como el derecho de consulta, según lo expuesto, además de ser instrumento de garantía de los derechos constituye un desarrollo especial y cualificado del principio democrático debe la Sala recordar que el modelo democrático recogido en la configuración política del Estado Social y Democrático de Derecho es de un profundo calado sustantivo de ahí que en todos los escenarios y procesos democráticos (y la consulta es uno de ellos) deban asegurarse las garantías epistémicas necesarias para con los partícipes". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

348 "Sobre este aspecto, esta Corporación ha señalado en reiterada y abundante jurisprudencia que la consulta no constituye un derecho al veto. Eso significa que esa garantía no puede convertirse en una barrera arbitraria (carente de razones), para impedir la implementación de medidas administrativas o legislativas. No obstante, esta misma Corporación también ha señalado que a pesar de que la consulta no es un derecho al veto, tampoco, las medidas a implementar, son un derecho a la imposición en cabeza del Gobierno o Congreso o cualquiera que sea el sector. Como se mencionó en párrafos anteriores, por una parte, el objeto y fin del Convenio 169 de la OIT es garantizar los derechos de las comunidades, siendo la consulta un mecanismo de participación". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. "Cuando no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida, norma o programa, "el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto", pero desprovista de arbitrariedad; "atendiendo parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad y buscando mecanismos dirigidos a mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo"". Corte Constitucional. Sentencia del 30 de abril de 2015, T-247/15.

349 "Con respecto a los efectos que produce la omisión de la consulta previa, ha sostenido la Corte que la misma conlleva una violación a la Constitución Política, en cuanto implica el desconocimiento de un mandato que se integra al propio ordenamiento Superior y al Convenio 169 de la OIT, y que a su vez puede ser identificado y declarado judicialmente en el respectivo juicio de inconstitucionalidad. Ha explicado la Corte que, siendo la consulta previa una expresión de los derechos fundamentales de participación plural e integridad étnica y cultural, su desconocimiento, en los casos en que resulte imperativa, tiene efectos negativos e inmediatos frente a la medida legislativa de la cual era predicable. Bajo ese entendido, la jurisprudencia ha precisado que la ausencia de consulta previa, cuando ella es necesaria, "constituye un vicio [que] impide declarar exequible la ley", siendo ésta una consecuencia que no pierde aplicabilidad en ejercicio del control automático de constitucionalidad de los tratados internacionales, en el cual la Corporación está obligada a verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afecten directamente a las comunidades étnicas. (…) En consecuencia, respecto de medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades étnicas, incluyendo dentro de éstas las leyes aprobatorias de tratados internacionales, la ausencia de la consulta previa, cuando tal mecanismo es obligatorio, comporta una violación directa de la Constitución Política, y, conforme con ello, da lugar a (i) la declaratoria de inexequibilidad de la medida, o en su defecto, a (ii) la adopción de una declaratoria de exequibilidad condicionada, ya sea para excluir a los grupos étnicos de la aplicación de la ley, o para decretar la existencia de una omisión legislativa relativa, derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a los grupos étnicos, caso en el cual, se deberán adoptar en el fallo las medidas necesarias para subsanar la referida omisión". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12.

*des indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en los ámbitos que les son propios"*"[350].

### 2.2. La procedencia de la consulta previa: la afectación directa de la comunidad étnica

El procedimiento de consulta previa debe adelantarse en aquellos casos en los cuales se afecta de manera directa a la comunidad étnica, afectación que puede tener lugar con ocasión de un proyecto, obra o actividad o la adopción de una medida administrativa o legislativa[351]. En esta última se encuentran incluidas las leyes aprobatorias de tratados internacionales[352].

Respecto a la consulta previa en el caso de medidas legislativas, inicialmente la jurisprudencia consideró que la misma no era necesaria, pues esta debía tener lugar al momento en que la ley fuera objeto de desarrollo o implementación. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia varió su postura al indicar que la consulta previa sí debía cumplirse en aquellos casos en que se presentara una afectación directa de la comunidad étnica[353].

Justamente, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente respecto a la afectación directa:

> *"Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en precisar que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida legislativa susceptible de impactar a los grupos étnicos, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlos directamente. Para explicar esta regla, la Corte, a partir de la interpretación del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, ha identificado dos niveles de afectación de los grupos étnicos por parte de medidas legislativas, estableciendo las diferencias existentes entre ellos y definiendo cuándo hay afectación directa.*
>
> *Ha señalado al respecto que existe* ***(i) "un nivel general"*** *de afectación, que corresponde a las políticas y programas aplicable a todos los colombianos, y que en cierta medida interesan a los grupos étnicos, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general*

350 Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

351 "Así las cosas, debe concluirse que la expresión "medidas legislativas" utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. (…) Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de "medidas legislativas" a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia". Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2010, C-702/10.

352 "Respecto al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, reiteró que no se trata solo de medidas administrativas sino también de medidas legislativas, y dentro de estas últimas incluyó las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y las reformas constitucionales". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

353 "En efecto, la consulta previa a la adopción de medidas legislativas es el escenario en el que la Corte ha asumido mayores esfuerzos por definir lo que significa que una medida afecte directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente; esos esfuerzos obedecen a que la Ley, por su carácter general y abstracto, afecta directamente a todos sus destinatarios, por lo que la Corte consideró, en el primer análisis del tema, que la consulta no era viable frente a medidas legislativas (C-169 de 2001), sino, más bien, en el momento del desarrollo reglamentario de la Ley o en la instancia de aplicación del derecho. Con posterioridad, y en un proceso surgido desde el año 2002 y consolidado en el año 2008, la Corporación terminó por establecer en jurisprudencia uniforme y constante que la consulta sí es procedente, frente a la expedición de normas legales, siempre que se acredite la afectación directa, y presentó los siguientes criterios para evaluar ese aspecto". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

*de participación que les permita intervenir en su adopción en condiciones similares a la de los demás integrantes de la población. En estos casos, la posibilidad de intervención de las comunidades étnicas se concreta a través de mecanismos básicos de participación, como ocurre, por ejemplo, con la posibilidad que tienen sus integrantes de concurrir a la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular, o con la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público y abierto del proceso legislativo, puedan conocer las iniciativas legislativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias públicas durante el desarrollo del proceso de adopción de las mismas. También el nivel general de participación puede concretarse, en favor de los grupos étnicos, "en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales".*

*Igualmente, ha manifestado la jurisprudencia constitucional que hay* ***(ii) "un nivel específico"*** *de afectación, que hace referencia a aquellas medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales, caso en el cual, consciente de su carácter diferenciado y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa a través de espacios concretos de participación, el propio ordenamiento jurídico ha previsto el deber de la consulta previa, como medida especial de protección. En relación con este aspecto, la Corte ha destacado que, dado que es común que las leyes afecten a sus destinatarios, la necesidad de consulta previa solo resulta exigible respecto de aquellas medidas legislativas "susceptibles* ***de afectar específicamente*** *a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no [de] aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos"*[354]*.*

Dentro de este marco, en términos generales la afectación directa:

*"[E]s un concepto amplio y complejo que involucra visiones metodológicas que varían dependiendo de cada caso, y que, no se reduce al derecho al territorio. Incluso, ni siquiera ha asimilado el territorio al espacio físico donde se desenvuelve la tensión. La afectación es directa respecto de cualquier tipo de medida y frente a cualquier derecho. Precisamente, esa es la razón por la que no existe un catálogo de hipótesis de afectación.*

354 Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. "En relación con el primer aspecto, esta Corporación en la sentencia C-030 de 2008, determinó que la consulta previa frente a la adopción de medidas legislativas, no debe realizarse frente a toda medida legislativa que pudiere afectarlas, sino exclusivamente "aquellas que puedan afectarlas directamente, siendo uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT", e igualmente señaló que hay incidencia directa en las comunidades indígenas y tribales "cuando la ley altera el status de la persona o comunidad bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario le confiere beneficio"; Criterio que fue igualmente adoptado al efectuar el control de las disposiciones normativas que se integran al orden interno mediante la aprobación de tratados internacionales". Corte Constitucional. Sentencia del 15 de abril de 2015, C-163/15. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2015, C-217/15, Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12, Corte Constitucional. Sentencia del 26 de enero de 2011, C-027/11, Corte Constitucional. Sentencia del 18 de octubre de 2012, C-822/12, Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2012, C-293/12.

*3.11. Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que "altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios". En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados"*[355].

Ante el carácter amplio y complejo del término "afectación directa", la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos[356], que deben tomarse encuentra para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes[357]:

i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT[358] da lugar a una afectación directa. En este sentido, se ha indicado que sería necesario realizar la consulta previa cuando se trate de medidas relacionadas con: a) la prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, b) el traslado o reubicación de estos de las tierras que ocupan, c) la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas por fuera de la comunidad, d) la organización y funcionamiento de programas especiales de

355 Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. En esa misma decisión la Corte reafirmó los criterios indicados al señalar: "3.12. Igualmente, en otra providencia, manifestó que: "(i) Se debe consultar cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. (ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana'. (iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas'". 3.13. Adicionalmente, cuando se trata de medidas legislativas, la Corte, en sentencia C-063 de 2010, explicó que la afectación directa se produce cuando "una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población", y en la cual se concluye que "no queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa". 3.14. La sentencia T-576 de 2014, por otra parte, sostuvo que "el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (…) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad". 3.15. Como se puede apreciar, lejos de ser una contradicción, lo que la Corte ha hecho es evitar enumerar las hipótesis de procedencia, privilegiando los análisis según la complejidad y características del proyecto, la medida, la norma y, por supuesto, las comunidades en tensión". Ibídem.

356 "Ni el Convenio 169 de la OIT ni la jurisprudencia constitucional, han definido taxativamente las causales de procedencia de la consulta. Eso se explica en tanto la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos. Entre más restricciones a la consulta, mayores serán las implicaciones negativas para los pueblos. No obstante, tanto el Convenio como esta Corporación, han señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta. El concepto relevante en ese análisis es el de "afectación directa". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

357 "5.4.2. La jurisprudencia aplicable a los elementos que coadyuvan a identificar los casos de afectación directa, se encuentra contenida principalmente en las Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011, donde la Corte, en su orden, llevó a cabo el control de constitucionalidad de la llamada Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), del Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), de la ley modificatoria del Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 1122 de 2007), y de la ley reformatoria del Código de Minas (Ley 1382 de 2010). A su vez, los precedentes fijados en los citados fallos, han sido aplicados por la Corte, tratándose de leyes aprobatorias de tratados internacionales, en los siguientes pronunciamientos: en la Sentencia C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-620 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012, en los cuales la Corporación, dada la naturaleza y contenido del tratado, se ha visto en la necesidad de llevar a cabo la evaluación sobre la exigencia o no de la consulta previa. 5.4.3. En las Sentencias citadas, a título meramente enunciativo, la Corte ha venido construyendo la dogmática en torno a la delimitación de los criterios que ayudan a identificar los casos en que hay lugar a la consulta previa". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

358 "Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

formación profesional, e) las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y f) la enseñanza y conservación de la lengua[359].

Sin embargo, la jurisprudencia también ha indicado que la sola mención de estas materias no es suficiente para dar lugar a la afectación directa:

> *"En esta misma medida, un parámetro importante para determinar la afectación directa es si la materia del proyecto se relaciona con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de cada medida como tal, para efectos de establecer su impacto y su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso".*

ii) Debe tenerse en cuenta el significado que para las comunidades tengan los bienes o prácticas sociales afectadas con la medida[360].

iii) Asimismo debe revisarse si la medida afecta los intereses de las comunidades:

> *"La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta "aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas"[361].*

iv) Puede existir una afectación directa cuando la medida tiene como propósito principal regular una o varias comunidades étnicas o tiene mayores efectos en estas que en el resto de la población[362].

v) Se presenta una afectación directa si la medida legislativa regula materias sobre las cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos[363].

vi) Puede existir también una afectación directa cuando se trata de asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos, tales como el territorio en sí mismo, el

---

359 "El mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

360 "Finalmente, para la Corte la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa debe analizarse según el significado que tengan para los pueblos indígenas afectados los bienes o prácticas sociales interferidas – por ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta afectada, y de su comprensión del contenido material de dicha política". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

361 Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

362 "Ha resaltado esta Corporación, que puede existir una afectación directa "cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población". Ibídem.

363 "De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de educación". Ibídem.

aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades[364].

vii) Para determinar la afectación directa de una medida legislativa debe tomarse en consideración si esta es de aplicación directa, o si por el contrario consagra un marco normativo general que tiene que ser desarrollado posteriormente a través de otros actos jurídicos, como leyes y actos administrativos[365].

viii) Finalmente, la ocurrencia de una afectación directa puede establecerse teniendo en cuenta los antecedentes históricos de la medida[366].

Ahora bien, también es importante destacar la importancia que tiene en el estudio del requisito de la afectación directa la materia objeto de la medida, especialmente cuando se trata de medidas de naturaleza general no dirigidas de forma particular o concreta a las comunidades étnicas.

Así, en la sentencia C-030 de 2008 la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal) por no haberse adelantado el procedimiento de la consulta previa. En esta decisión el Tribunal Constitucional consideró que a pesar de la generalidad de la ley, esta afectaba de forma significativa la identidad y supervivencia de las comunidades indígenas, pues regulaba la explotación de los bosques, un objeto de gran importancia para estas que se encuentra íntimamente ligado a su forma de vida:

*"Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, debe tenerse en cuenta que esa ley, que es integral y que se aplica a todo el territorio nacional, versa sobre la explotación*

364 "De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que "materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada a la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria". A este respecto, en la Sentencia T-693 de 2011, la Corte puso de presente que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos en relación con los territorios ocupados y la explotación de los recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta previa, "adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se instituye en un instrumento que es básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y, por consiguiente, para asegurar su subsistencia como grupo social". En consecuencia, dentro del propósito de garantizar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, es necesario que el Estado consulte previamente a los grupos étnicos, cuando se trata de la adopción de medidas legislativas, relacionadas con los territorios donde éstos tienen asiento y que puedan incidir en sus formas de vida y en la manera como llevan a cabo la explotación de sus recursos naturales". Ibídem.

365 "La jurisprudencia de la Corte ha considerado igualmente relevante, para efectos de determinar el grado de afectación de las comunidades tradicionales, establecer si cada medida legislativa es de aplicación directa, o si consagra un marco normativo general que posteriormente tiene que ser desarrollado a través de otros actos jurídicos, ya sea mediante nuevas leyes o decisiones administrativas, o de proyectos, planes, programas, iniciativas o actividades puntuales. Tal hecho incide también sobre las medidas que cabe adoptar en el evento que la Corte declare la inexequibilidad de la norma por ausencia de consulta previa". Ibídem.

366 "Finalmente, la referencia histórica de las medidas legislativas, esto es, el conocimiento de sus antecedentes y de las circunstancias de orden fáctico y político que le dieron origen, también ha sido considerado útil por la Corte para efectos de establecer si existe o no afectación directa. A juicio de la Corporación, dentro del propósito de indagar sobre la necesidad de la consulta previa, resulta adecuado e incluso determinante, la posición pública asumida por las comunidades étnicas con respecto a la medida legislativa durante su trámite de expedición. De igual manera, es relevante el criterio adoptado por el Gobierno y los Congresistas en el desarrollo de los debates, examinado desde la perspectiva de cuál sería el impacto de la medida sobre los grupos étnicos. También los antecedentes históricos remotos de cada medida legislativa, pueden ser importantes para decidir si existe o no una afectación directa de las comunidades tradicionales. En este sentido, en la Sentencia C-620 de 2003, donde la Corte llevó a cabo el control de constitucionalidad de algunas normas referentes a las salinas de Manaure (Guajira), se hizo un recuento histórico del surgimiento de la ley acusada y, con base en dicho recuento y el objeto mismo de la ley, este Tribunal concluyó que la medida legislativa sí generaba un impacto directo y específico sobre los grupos étnicos, dados los antecedentes de negociación y concertación que se habían presentado entre el Estado y la comunidad Wayúu, y que dieron paso a la adopción de la norma. De la misma forma, en la Sentencia C-608 de 2010, al adelantar la revisión constitucional, automática y oficiosa, del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, la Corte concluyó que el mismo sí contenía disposiciones que generarían una afectación directa sobre los pueblos indígenas y tribales, con base en las intervenciones presentadas por un Senador indígena, elegido por circunscripción especial, en la que éste puso de presente el efecto negativo que las disposiciones sobre explotación minera y resolución de controversias entre comunidades indígenas y empresas multinacionales, tendrían sobre los grupos étnicos que habitan en el territorio nacional". Ibídem.

*de los bosques, aspecto que tiene íntima conexión con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.*

*En ese contexto, observa la Corte que las previsiones de la ley forestal son susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, si hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc.*

*(…)*

*El proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen, orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural.*

*(…)*

*En este caso, no obstante el carácter general de la ley -no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales-, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida".*

Posteriormente, en la sentencia C-175 de 2009 la Corte declaró inexequible la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural)[367] por la ausencia de consulta previa con las comunidades étnicas, la cual debía surtirse, entre otras razones, por tratarse de una ley que regulaba íntegramente el desarrollo rural y que contenía disposiciones que afectaban la relación de las comunidades con la tierra. En este sentido determinó:

367 "Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones"

*"23. Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte encuentra que se trata de una normatividad que debió surtir el procedimiento de consulta previa descrito en esta sentencia. Ello con base en dos criterios diferenciados: (i) El hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.*

*24. En cuanto a lo primero, tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. Así, la Parte II del Convenio 169 de la OIT establece un grupo de reglas que deben tener en cuenta los Estados y gobiernos en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades tradicionales respecto a sus territorios. Al respecto, el artículo 11 determina que "al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". Desde esta perspectiva, surgen para el Convenio varias obligaciones a cargo del Estado, entre ellas, el reconocimiento a las comunidades de la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, la protección especial de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales en esos territorios, la implementación de procedimientos de consulta respecto a la explotación del recursos del subsuelo en los mismos, el carácter excepcional y consensuado del traslado de las comunidades de sus territorios tradicionales, al igual que el reconocimiento y respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por las comunidades diferenciadas. Bajo el mismo parámetro, el Convenio dispone que en relación concreta con los programas agrarios nacionales –como es el caso del EDR–, estos deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de (i) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; y (ii) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.*

*De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquéllas.*

*(…)*

*Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente".*

Por su parte, en la sentencia C-366 de 2011 el Tribunal Constitucional declaró la inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010[368] por no haberse satisfecho el requisito de la consulta previa, lo cual era forzoso pues la medida legislativa regulaba la explotación minera en los territorios indígenas:

*"Nótese que según lo explicado en el fundamento jurídico 33.4., el Código de Minas no plantea un régimen de exclusión a la actividad minera en dichas áreas. Antes bien, permite que en esas zonas se adelanten labores de exploración y explotación, solo que lo somete a determinadas condiciones y requisitos. Esto implica una consecuencia jurídica de nodal importancia para este caso, según la cual las disposiciones del Código de Minas son aplicables a la actividad minera desarrollada en los territorios indígenas y afrodescendientes. Esto por la simple razón que el ordenamiento jurídico (i) no prevé un régimen autónomo y separado para la actividad minera en las zonas en que se asientan las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) confiere naturaleza exhaustiva y prevalente al Código de Minas, según se ha explicado en diversos apartes de este fallo. Así por ejemplo, las comunidades indígenas o afrodescendientes que desarrollen minería tradicional en sus territorios, deberán sujetarse a las reglas generales del mencionado Código sobre ese particular, entre ellas las que prevén disposiciones para su formalización. De otro lado, los contratos de concesión en territorios ancestrales, desarrollados por terceros no integrantes a los pueblos étnicos están sometidos tanto a ese mismo régimen general, como a las condiciones particulares del capítulo XVI.*

*Adicionalmente, no puede perderse de vista que, según se ha explicado en este fallo, existe un consenso en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos, acerca de la incidencia de la exploración y explotación minera en los territorios ancestrales de los pueblos étnicos y la salvaguarda de la integridad de su identidad diferenciada. En ese orden de ideas, las medidas legislativas y administrativas que tengan aplicación en dichas actividades deben estar precedidas de la participación efectiva de las comunidades afectadas, so pena de vulnerar sus derechos constitucionales.*

*(…)*

*36.2. Las razones expuestas sirven para dar respuesta al segundo cuestionamiento. Es evidente que el artículo 28 de la Ley 1382/10 no tiene un alcance tal que elimine la incidencia de las reglas de esa normatividad sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello debido a que, como se ha repetido insistentemente, tales reglas y,*

368 "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas".

*en general, el Código de Minas, son aplicables frente al aprovechamiento minero en los territorios ancestrales. La vigencia de tales normas en ese escenario no resulta afectada por la disposición en comento, pues de la misma no es jurídicamente admisible colegir que excluye de la aplicación del Código de Minas y sus reformas a las actividades de exploración y explotación minera en las zonas indígenas, afrodescendientes o mixtas".*

El Consejo de Estado también ha reconocido que la generalidad de la norma no excluye automáticamente el deber de adelantar la consulta previa cuando así resulte necesario. Así, la Sección Tercera señaló recientemente:

*"En este orden de ideas, la Sala tiene claro que el sólo hecho de que las decisiones analizadas tengan carácter general (pues refieren de manera indistinta a diversas zonas del territorio nacional) no constituye razón suficiente para desestimar el deber de consulta previa a las comunidades diferenciadas.*

*12.7.- De acuerdo con los estándares sobre la materia arriba expuestos debe procederse a un análisis en orden a verificar si tal medida, que se presenta como general y abstracta, representa un impacto diferenciado o singular para las comunidades indígenas y afrodescendientes. Justamente, en este caso, esta judicatura verifica que tal circunstancia sí se satisface en el sub judice por cuanto las medidas administrativas significan una afectación directa y clara [en ejecución de una política pública gubernamental de destinación económica de ciertos territorios que cuentan, según las accionadas, con vocación para explotación de minerales de interés estratégico] a un elemento esencial en esas comunidades como lo es el territorio"[369].*

### 2.3. La consulta previa y los tratados internacionales

Dentro de las medidas legislativas que pueden afectar directamente a las comunidades étnicas se encuentran las leyes aprobatorias de tratados internacionales. Frente a estas[370], la jurisprudencia ha indicado con claridad que el control que realiza la Corte Constitucional a las leyes aprobatorias incluye la verificación de que se haya satisfecho el requisito de consulta previa cuando el texto del tratado afecte directamente a las comunidades étnicas[371]. Así, se indicó en el año 2016:

369 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

370 "En el caso específico de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, que interesa a esta causa, el análisis acerca del requisito de la consulta y su correspondiente verificación constitucional, es novedoso y relativamente más reciente, en cuanto se inicia a partir de la Sentencia C-750 de 2008, donde la Corte llevo a cabo el control oficioso y automático de constitucionalidad del " ´Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América´, sus ´cartas adjuntas´ y sus ´entendimientos´, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006" y su correspondiente Ley aprobatoria, Ley 1143 de 2007". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

371 "En materia de consulta previa de leyes aprobatorias de tratados internacionales, la Corte ha sostenido que al realizar el control automático de constitucionalidad que le compete sobre los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, debe también verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afectan directamente a las comunidades étnicas". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. "En dicho pronunciamiento, la Corporación dejó claro que, en desarrollo de la función de ejercer el control automático de constitucionalidad de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, le corresponde a la Corte Constitucional verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa, cuando de las medidas adoptadas en el respectivo tratado, se advierta una posible afectación directa a los intereses de las comunidades étnicas. Y es que, a juicio de la Corte, la incorporación de disposiciones internacionales en Colombia, resultado de la suscripción de tratados o convenios -bilaterales o multilaterales-con otros países o con organizaciones internacionales, también puede tener una incidencia directa en los intereses de las comunidades étnicas asentadas en el territorio nacional, motivo por el cual, cuando ello ocurra, y atendiendo al carácter complejo de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico interno, debe cumplirse con el requisito de la consulta previa y su respectiva verificación constitucional, conforme lo ordenan la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. "En relación con la consulta previa en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, la Corte ha sostenido que al realizar el control automático de constitucionalidad que le compete sobre instrumentos

*"La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa frente a tratados internacionales, que establecen que (i) las leyes aprobatorias de tratados deben ser objeto de consulta previa cuando el texto afecte de forma directa a las comunidades étnicas; (ii) las medidas legislativas o administrativas que se adopten en el desarrollo del tratado que involucren directamente a una población étnica, deben someterse al proceso de consulta antes de que se presente la norma para su aprobación en el Congreso de la República; y (iii) prima facie no es necesario someter el instrumento internacional a dicho procedimiento, si éste se refiere a creación de zonas de libre comercio, sin embargo se debe hacer consulta cuando las medidas que se tomen en desarrollo del tratado afecten de forma directa a una comunidad étnica"*[372].

Con todo, la jurisprudencia también ha señalado que aun cuando el tratado internacional no afecte de forma directa a la comunidad, si las medidas que lo desarrollan sí lo hacen, estas deben someterse al procedimiento de consulta previa:

*"En esa oportunidad, la Corte consideró que, prima facie, el acuerdo no afectaba de forma directa los derechos de los pueblos indígenas y por consiguiente no era necesario adelantar el proceso de consulta previa. No obstante, indicó que si las medidas de orden legislativo y administrativo que se expidieran en desarrollo del tratado afectaban de forma directa a alguna comunidad étnica, debía realizase dicho procedimiento"*[373].

#### 2.3.1. Decisiones de la Corte Constitucional frente a la consulta previa en materia de tratados internacionales

La Corte Constitucional ha considerado que no existe una afectación directa de las comunidades étnicas cuando el respectivo tratado o convenio internacional:

i No establece áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollarán las actividades objeto del tratado[374].

ii) No tiene como objeto el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales en áreas de influencia directa de las comunidades étnicas colombianas[375].

internacionales ratificados por Colombia, debe también verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afectan directamente a las comunidades étnicas". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14.

372 Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

373 Corte Constitucional. Sentencia del 6 de abril de 2016, C-157/16.

374 "En efecto, el Acuerdo establece la Red Internacional del Bambú y el Ratán (INBAR) señala los objetivos y misiones en cabeza de dicha organización, los cuales se encuentran dirigidos a promover la cooperación técnica y científica sobre el bambú y el ratán; no obstante, no define las áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollaran tales actividades, lo que impide establecer qué grupos étnicos se hallarán dentro de las áreas de influencia de los proyectos que se realicen en virtud del Acuerdo". Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2012, C-293/12. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 26 de enero de 2011, C-027/11.

375 "Adicionalmente, el Convenio no hace referencia específica a actividades de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa de comunidades étnicas colombianas. Si en desarrollo del Convenio se llegaren a realizar proyectos de esta naturaleza, en ese momento deberá surtirse la consulta previa con las comunidades concernidas". Ibídem. "En el caso bajo estudio, un examen del contenido de la Convención del Metro y de su Reglamento Anexo, permite concluir que las medidas que mediante él se pretenden adoptar no conciernen directamente a ninguna comunidad étnica asentada en el territorio nacional, de modo que la consulta previa no era un requisito previo. En efecto, la Convención y su Reglamento Anexo hacen alusión a la fundación de una Oficina Internacional de Pesas y Medidas de carácter científico, cuyo fin general es proporcionar la base técnica para asegurar la uniformidad y trazabilidad de las mediciones. Bajo esta perspectiva, la Convención no hace referencia específica a actividades de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa de comunidades étnicas colombianas". Corte Constitucional. Sentencia del 18 de octubre de 2012, C-822/12. "Se refieren de manera uniforme a la generalidad de los colombianos, sin establecer normas que afecten de manera concreta y directa a los grupos étnicos o contemplen la explotación de recursos naturales en sus territorios". Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2016, C-210/16.

iii) Sus disposiciones son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a todos los nacionales colombianos[376].

iv) No contiene una regulación específica para las comunidades étnicas[377].

v) No tiene una mayor incidencia en los territorios de las comunidades, pues el acuerdo no se limita a las zonas habitadas por estas[378].

vi) Aunque algunas de sus disposiciones se refieren expresamente a las comunidades étnicas, se trata simplemente de reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad[379]. Así, en la sentencia C-941 de 2010 la Corte Constitucional señaló:

> *"La sola referencia en el capítulo de "protección a la propiedad intelectual" a las "medidas relacionadas con la biodiversidad", donde en términos generales las Partes "reiteran" sus derechos soberanos sobre sus recursos naturales y reconocen la importancia de la biodiversidad biológica, conocimientos y prácticas tradicionales asociadas de las comunidades indígenas y locales, anotando que corresponde a cada Parte fijar las condiciones de acceso a sus recursos genéticos conforme a la legislación nacional e internacional, no es constitutiva de una medida que se traduzca en una afectación directa de los grupos étnicos, ni es contentiva de una regulación específica sobre dichas comunidades, y menos está relacionada íntimamente con su subsistencia e identidad, sino que se trata*

376 "Para la Sala, el Convenio y su Ley aprobatoria son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a los nacionales colombianos, entre los cuales se cuenta a los miembros de las comunidades autóctonas y tribales, sin que la medida legislativa allí prevista implique afectación directa o exclusiva para un determinado grupo o comunidad étnica. El instrumento internacional fue concebido para beneficio de toda la comunidad nacional con el propósito de repatriar aquellos bienes que siendo parte del patrimonio cultural de la nación, fueron robados o exportados ilícitamente". Corte Constitucional. Sentencia del 2 de marzo de 2011, C-125/11. "Para la Corte las disposiciones prescritas en la enmienda se prevén de manera uniforme para todos los Estados y a la totalidad de la población de los mismos, sin que ellas constituyan medidas que afecten de forma directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes colombianas, motivos por el cual, su consulta previa no resulta obligatoria, lo cual proviene del efecto general que, en principio, tienen las leyes y los tratados internacionales". Corte Constitucional. Sentencia del 2 de octubre de 2013, C-692/13. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 10 de septiembre de 2013, C-622/13. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de enero de 2014, C-014/14, Corte Constitucional. Sentencia del 7 de mayo de 2014, C-277/14, Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14.

377 "Una revisión del texto del tratado permite concluir que las normas prescritas en él se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, lo que tiene sentido ya que su objeto no es expedir una regulación específica referida a las comunidades étnicas. Como ya se ha dicho, el objeto del acuerdo en estudio es implementar el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia de manera consecuente con la conservación y protección ambiental y el uso sostenible de sus recursos mediante el mejoramiento y aplicación de leyes y reglamentos ambientales, el fortalecimiento de la cooperación en materia ambiental y la promoción del desarrollo sostenible. En desarrollo de este objetivo, las partes se reconocen derechos y adquieren obligaciones en materia ambiental, las cuales tienen aplicación, no solamente en los territorios de las comunidades étnicas, sino en todo el territorio nacional". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-187/11.

378 "Ahora bien, según se expresó con anterioridad, la especificidad de la afectación también se puede encontrar en una regulación que se presenta como general -como en los casos ya citados de la regulación de las salinas de Manaure, la ley forestal o el estatuto de desarrollo rural-, debido a que el objeto de la medida legislativa –en los ejemplos propuestos las salinas de Manaure, el bosque natural o los terrenos rurales, respectivamente- está situado, total o parcialmente, en el territorio en el que habita la comunidad étnica o gran parte de sus miembros y, por ello, está relacionado íntimamente con su subsistencia y su identidad. Sin embargo, esta hipótesis tampoco se presenta en esta oportunidad. El objeto del acuerdo es la protección del ambiente, especialmente en el marco de las futuras relaciones comerciales entre Colombia y Canadá, y no es posible sostener que este objeto –la protección del ambiente- tenga en esta oportunidad mayor incidencia en los territorios de las comunidades étnicas pues el acuerdo no se concentra en la conservación del ambiente en zonas naturales o rurales en las que habitan parte importante de la población de estas comunidades. Por el contrario, el tratado aborda la protección del ambiente de manera amplia, como un asunto nacional". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10. "No se requiere la consulta previa toda vez que no tiene como objeto la realización de actividades que deban desarrollarse en áreas de influencia de las referidas comunidades o de microorganismos existentes en dichos territorios". Corte Constitucional. Sentencia del 19 de junio de 2013, C-350/13.

379 "No desconoce la Sala que en el texto del tratado están incluidas tres normas que mencionan expresamente a las comunidades étnicas. Pero estima que, en dos de estas, no se adopta en realidad medida alguna al ser simples reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad. Así, el artículo 1 define, para Colombia, el término "comunidades indígenas y locales" pero lo hace de conformidad con el artículo 1 de la Decisión Andina y el artículo 5 reitera el compromiso de las partes de "respetar, preservar y mantener el conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales" "según lo establecido por el Convenio de Diversidad Biológica"". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10.

*de una disposición que se limita a reiterar de manera general la soberanía que le asiste a cada Estado Parte en asuntos concernientes a la biodiversidad"*[380].

vii) No impone restricciones o gravámenes ni concede beneficios a las comunidades étnicas[381].

viii) No afecta la identidad[382] o integridad cultural, social y económica de estas[383].

ix) No establece una regulación integral de la materia. Así en la sentencia C-196 de 2012 se indicó:

> *"También observa la Corte que a diferencia de cuerpos normativos examinados en el pasado por esta Corporación, tales como la Ley Forestal, del Estatuto de Desarrollo Rural o del Código de Minas, este tratado internacional no establece ni un régimen ni una regulación integral del tema de los bosques, como tampoco disposiciones normativas concretas de las que se deduzcan obligaciones específicas para Colombia frente al manejo forestal. Esta diferencia es clave, ya que fue el carácter de regulación integral el que hizo que, en tales oportunidades, las normas bajo examen hubiesen sido declaradas inexequibles por no haber sido objeto de consulta previa. No es el caso del tratado que se examina, que no consagra un régimen integral de los bosques ni de las maderas tropicales, ni una regulación, ni medidas como tal, más allá de los objetivos de la organización, que se materializarán a través de las actividades futuras de la organización. Por su tipología preponderante de tratado constitutivo de una organización internacional, este Convenio requiere necesariamente medidas ulteriores de*

380 Adicionalmente, en otra oportunidad la Corte indicó: "La referencia a los intereses de las comunidades indígenas y tribales en distintos puntos del preámbulo y el artículo 1º no constituye una razón suficiente para concluir que este tratado implica una medida de afectación directa y específica de estos pueblos. En casos precedentes, como se indicó, la Corte ha examinado tratados internacionales que contienen disposiciones similares que mencionan a las comunidades indígenas o afrodescendientes, y ha concluido que tales menciones en sí mismas no comportan medidas susceptibles de activar la obligación internacional de consulta previa". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

381 "De igual forma, observa la Corte que el tratado no está estableciendo nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para los pueblos indígenas y tribales; no está de ninguna manera afectando su status en tanto indígenas. Simplemente refiere a los derechos que ya existen y están reconocidos en el derecho interno y el derecho internacional". Ibídem. "La regulación que se revisa no tiene incidencia directa sobre el status de las comunidades étnicas y de las personas que las integran, por cuanto el Acuerdo no impone restricciones o gravámenes ni les concede o niega beneficios a los miembros de grupos indígenas o tribales, distintos a los concedidos a todos los nacionales residentes en las Localidades Fronterizas Vinculadas que pidan permiso de residencia, libre ejercicio de trabajo oficio o profesión o de estudio". Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2015, C-217/15. "La revisión del texto de la Convención permite concluir que las normas en él contenidas se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, puesto que su objeto no es expedir una regulación específica concerniente a las comunidades étnicas (…). En desarrollo de este objeto, las Partes se reconocen derechos y adquieren obligaciones en materia de diversidad cultural, que no están dirigidas exclusivamente a comunidades étnicas sino que son aplicables a todos los colombianos. Se observa que la Convención no prevé nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para las comunidades étnicas colombianas, ni incorpora medidas concretas que implique una afectación directa, específica y particular de las mismas que modifique su status". Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12.

382 "Tales asuntos, a juicio de la Sala, son en su mayoría de índole técnica y se encuadran en aspectos procedimentales del intercambio comercial entre Colombia y México. Por su naturaleza, no inciden de forma directa en asuntos propios de la identidad de las comunidades indígenas y afrodescendientes, de modo que el tratado internacional objeto de examen no está sometido al requisito de consulta previa a dichos grupos tradicionales". Corte Constitucional. Sentencia del 7 de febrero de 2012, C-051/12. "Aunque en apartado posterior se hará una explicación más extensa acerca del contenido material del Estatuto y el Reglamento de Interpol, así como del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades suscrito por Colombia, la Corte advierte preliminarmente que se trata de instrumentos internacionales destinados a fijar aspectos institucionales y administrativos de Interpol, así como determinar las prerrogativas diplomáticas de sus funcionarios cuando ingresen al territorio nacional y con el ánimo de efectuar actividades propias de esa organización. Estas materias no afectan a las comunidades étnicas, en tanto no están vinculadas con asuntos propios de la definición de su identidad. De allí que el requisito de consulta previa de medidas legislativas de que trata el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, no resulta predicable en el asunto de la referencia". Corte Constitucional. Sentencia del 23 de abril de 2014, C-259/14.

383 "Verificados el contenido de tales capítulos del TLC frente al texto constitucional y el Convenio 169 de la OIT, la Corte encuentra que no se requería adelantar la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, dado que las disposiciones que comprenden el acuerdo principal y los acuerdos complementarios, no afectan directamente el territorio de los grupos étnicos, ni ocasionan desmedro de la integridad cultural, social y económica de tales etnias". Corte Constitucional. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, C-941/10.

*desarrollo para su implementación, a través de la OIMT y de sus órganos. En sí mismo no conlleva una medida de afectación directa. En la misma línea, en este caso el tema del tratado (bosques y maderas tropicales) no es razón suficiente para concluir que implica una afectación directa y específica de los pueblos indígenas; de la misma manera que en la sentencia C- 915/10, al examinar un tratado internacional en materia ambiental con Canadá, o en la sentencia C-750/08 al examinar las disposiciones ambientales del TLC con EEUU, no se concluyó que hubiera una afectación directa, porque pese a tratarse de acuerdos en materia ambiental no se estaba adoptando como tal ninguna medida que tuviera una afectación directa sobre los pueblos indígenas".*

x) No afecta las actividades tradicionales de las comunidades[384].

xi) No redefine o altera el territorio de estas últimas[385].

Ahora bien, la Corte Constitucional en algunas ocasiones ha concluido que existía la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa atendiendo el contenido del tratado internacional.

Así, en la sentencia C-1051 de 2012, citada por el Ministerio consultante, se analizó la Ley aprobatoria del Tratado sobre protección de obtenciones vegetales. En este caso la Corte señaló que, aunque el instrumento internacional objeto de estudio era una regulación general, su contenido material afectaba de forma directa y específica a las comunidades, pues existían disposiciones que impactaban elementos que eran relevantes para estas y que se encontraban íntima e indisolublemente relacionados con su modo de vida y subsistencia, como lo son su territorio y la explotación de recursos naturales dentro de este:

*"Pues bien, revisado el texto del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), correspondiente al Acta de 1991, y las diferencias por éste introducidas, la Corte comparte la posición adoptada por la mayoría de intervinientes, en el sentido de considerar que las normas en él contenidas regulan aspectos que pueden afectar de manera directa a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional. A juicio de la Corporación, las medidas que mediante el referido tratado se pretenden adoptar, tienen vocación de extenderse de manera particular a los grupos diferenciados teniendo en cuenta su especial condición social, económica y cultural.*

*9.11. No obstante el carácter general del Acta UPOV de 1991, en el sentido de no dirigirse a regular de manera especial -en aplicación del Convenio 169 de la OIT- la situación*

384 "Para la Corte (i) el carácter general del Acuerdo, (ii) su propósito de ampliar los canales de intercambio comercial sin afectar de ninguna manera con las actividades tradicionales de las comunidades indígenas y (iii) la ausencia de evidencia sobre algún tipo de efecto del Acuerdo en la forma de vida o en la conformación de alguna comunidad indígena o afrodescendiente, son razones que demuestran la inexistencia, en el presente caso, del deber de adelantar el trámite de la consulta previa". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012, C-303/12.

385 "La Corte encuentra que, en este caso, no era obligatorio adelantar el proceso de consulta previa por las siguientes razones. En primer lugar, se trata de una ley aprobatoria de un tratado de libre comercio, por lo tanto, en principio, no es necesario adelantar ese procedimiento. En segundo lugar, visto el contenido material del tratado, es claro que no se refiere de manera directa y expresa a aquellos elementos que, prima facie, deben ser protegidos a través de la consulta. En efecto, el tratado no pretende redefinir o alterar el territorio de comunidades indígenas o afrodescendientes, no se refiere a la explotación de recursos naturales en territorios determinados donde habiten estas comunidades y tampoco se refiere a temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

*de las comunidades indígenas y tribales, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones tienen incidencia directa sobre elementos que son particularmente relevantes para las mismas y que guardan una íntima e indisoluble relación con su modo de vida y de subsistencia, como son el territorio y la explotación de los recursos naturales existentes en éste, concretamente, en lo que corresponde a ciertos aspectos vinculados con la actividad agrícola que desarrollan.*

*(…)*

*9.12. Y es que, como consecuencia de la actividad agrícola que llevan a cabo en sus territorios, los grupos étnicos son fuente de obtenciones vegetales. No obstante, según lo destacan algunos de los intervinientes, en particular quienes actúan en representación de las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas, las variedades que durante siglos han sido desarrolladas y mejoradas por tales grupos, y que constituyen fuente importe de su subsistencia, pueden no obtener la protección que el Convenio UPOV de 1991 reconoce, en razón a que las mismas no están en capacidad de cumplir los requisitos técnicos impuestos por el régimen del citado convenio ("novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad"). En ello incide, sin duda, el hecho de que el proceso de mejoramiento genético que aplican las comunidades diferenciadas se desarrolla conforme a las prácticas y conocimientos tradicionales, esto es, a partir de enfoques y principios diferentes a los que son utilizados por los fitomejoradores modernos, quienes a su vez hacen uso de las nuevas tecnologías existentes que son precisamente las acogidas por el UPOV de 1991.*

*(…)*

*Sumado a lo anterior, debe considerarse, como lo hacen notar también algunos de los intervinientes en este proceso, que los grupos étnicos, acorde con sus costumbres y formas de vida, no se dedican a la explotación comercial de los conocimientos ancestrales, ni tampoco los referidos conocimientos se encuentran contenidos o registrados en solicitudes de derechos de obtentor, dado que los mismos tienen un uso comunitario y, como tal, se acercan más al concepto de propiedad colectiva. Esto, en franca oposición con la filosofía que inspira el derecho de obtentor de que trata el Convenio UPOV, en cuanto el mismo constituye una forma de propiedad intelectual que se reconoce de manera individual a los creadores de nuevas variedades vegetales, a fin de permitirles una explotación exclusiva de su creación por un tiempo determinado.*

*Así entendido, se ha señalado que podría ocurrir, conforme a las reglas previstas en el citado convenio, que variedades vegetales producto de prácticas milenarias, por el hecho de no haber sido comercializadas por las comunidades o entregadas con fines de explotación, sean presentadas como creadas o puestas a punto por parte de fitomejoradores formales, quienes serían entonces los beneficiarios de los derechos de obtentor, desplazando a los pueblos autóctonos en el ejercicio de tales derechos, lo que sin duda implicaría una seria afectación a su identidad, autonomía y subsistencia.*

*(…)*

*9.14. En ese contexto, es claro que, a partir de su vinculación con el territorio y con la explotación de los recursos naturales, el Convenio UPOV de 1991 puede llegar a afectar de manera directa los derechos e intereses de los grupos étnicos, particularmente desde la perspectiva de la calidad de obtentor que ellos pudieran llegar a tener como resultado de la actividad agrícola que desarrollan, o por las limitaciones que a sus actividades tradicionales y a su saber ancestral pudieren imponerse como resultado de la aplicación de las previsiones del Convenio.*

*(…)*

*De ese modo, es entonces claro que los grupos étnicos requieren para sobrevivir y para desarrollar su cultura del territorio en el cual están asentados. Desde ese punto de vista, el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en tales territorios, mediante el desarrollo de actividades comunes como la caza, la pesca y la agricultura, "es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos", lo que conlleva, entonces, el derecho de las comunidades a participar e intervenir en las decisiones que guarden relación con tales actividades. Ello, teniendo en cuenta la existencia de un derecho de propiedad, explotación y libre disposición por parte de los grupos étnicos sobre los territorios tradicionalmente ocupados, como forma de garantizar la seguridad alimentaria, el desarrollo, la diversidad y la cultura de acuerdo a sus particulares formas de vida.*

*9.16. Siendo ello así, las medidas establecidas en el Acta UPOV de 1991, dirigidas a proteger los derechos de obtentor, en el sentido de reconocerle a los creadores de nuevas variedades vegetales exclusividad en la explotación de las mismas por un periodo determinado, guardan una evidente y profunda relación de conexidad con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.*

*9.17. Según quedó enunciado, el alcance directo y específico de la afectación que el Convenio puede generar sobre las comunidades indígenas y tribales, surge, precisamente, del alcance general e integral que se le dio al mismo, en cuanto que sus previsiones, si bien se dirigen a todos los sectores de la población colombiana cuya actividad está inscrita en el ámbito de aplicación del Convenio, las mismas son susceptibles de afectar a tales comunidades en una dimensión muy particular, cual es, se insiste, la especial vinculación que éstas mantienen con el territorio y los recursos naturales, y, por esa vía, con la protección que podrían aspirar a recibir en desarrollo de la actividad de explotación y manejo de los recursos naturales, o con las limitaciones que podrían surgir como consecuencia de la aplicación del Convenio.*

*9.18. Tal y como lo referencian algunos de los intervinientes en este proceso, una parte importante de los cultivos existentes en los territorios de las comunidades tradicionales, es producto del trabajo y del esfuerzo de varias generaciones que desde épocas ancestrales las han venido mejorando y perfeccionando de acuerdo con sus prácticas y conocimientos tradicionales, dentro del propósito de garantizar la soberanía, la au-*

*tonomía y la seguridad alimentaria no sólo de tales grupos, sino también de parte de la población colombiana. En ese sentido, es claro que, en el proceso de explotación sostenible de los recursos naturales que llevan a cabo las comunidades étnicas, éstas son fuente de obtenciones vegetales, motivo por el cual, la consagración de un régimen jurídico de protección en favor de los descubridores de nuevas especies vegetales, puede afectar las prácticas y conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas y campesinas, y desconocer los derechos que tales comunidades puedan tener sobre las variedades tradicionales o nativas.*

*(…)*

*9.20. Así las cosas, no duda la Corte en sostener que el Convenio UPOV de 1991, inscrito en el propósito de afianzar los mecanismos de protección de las obtenciones vegetales, es susceptible de afectar directa y específicamente los intereses particulares de las comunidades étnicas, en cuanto establece un régimen jurídico de protección cuyos derechos, pautas, criterios, plazos y condiciones de reconocimiento, si bien tienen un alcance general, se proyectan de manera especial sobre los territorios en que se encuentran asentadas tales comunidades, y sobre la forma como éstas explotan sus recursos naturales, lo cual su vez puede repercutir en su cultura, subsistencia y formas de vida.*

*9.21. Según se ha explicado, dicho Convenio regula directamente aspectos sustanciales que conciernen a estas comunidades, en calidad de obtentores de las especies vegetales cuya propiedad intelectual se protege, tales como los criterios para reconocer la calidad de obtentor ("novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad"), concesión del derecho, periodicidad, condiciones de protección, reglamentación económica y utilidad que reporta la mejora y ampliación de variedades vegetales, los cuales en buena parte, son aspectos que forman parte de conocimientos ancestrales de estos pueblos. Y es que, la imposición de restricciones propias de una patente sobre nuevas variedades vegetales como lo consagra la UPOV de 1991, podría estar limitando el desarrollo natural de la biodiversidad producto de las condiciones étnicas, culturales y ecosistemas propios en donde habitan los grupos étnicos".*

De esta manera la Corte Constitucional concluyó que debió adelantarse la consulta previa con el propósito de evitar que se afectara directa y específicamente a las comunidades, así como también la diversidad étnica y cultural de la Nación[386].

Por su parte, en la sentencia C-615 de 2009, la Corte Constitucional, al analizar la Ley aprobatoria del Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", consideró que debía surtirse la consulta previa, toda vez que la realización de planes, programas y proyectos dirigidos a mejorar las condiciones de vida de las poblaciones indígenas Wayúu

386 "En ese contexto, de conformidad con la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, aprobatoria del "'Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales', del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991", debió haberse consultado con las comunidades tradicionales, dentro del propósito de buscar aproximaciones sobre la manera de impedir que dicho convenio pudiese tener una repercusión directa sobre la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, desconociendo la contribución histórica de las comunidades étnicas y campesinas a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que tal contribución ha generado". Ibídem.

impactaban el desarrollo económico de la comunidad. Igualmente, estas comunidades era las destinatarias directas de los compromisos asumidos por los Estados[387].

Finalmente, en la sentencia C-608 de 2010, en la cual se analizó el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, la Corte determinó que era necesaria la consulta previa, pues el tratado implicaba la afectación del territorio de las comunidades étnicas como consecuencia de la actividad minera[388].

### 3. El Protocolo de Nagoya

El Protocolo de Nagoya desarrolla el Convenio de Diversidad Biológica[389], el cual contiene tres objetivos fundamentales:

1. La conservación de la diversidad biológica,

2. La utilización sostenible de sus componentes y,

3. La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos[390].

Con base en los anteriores objetivos, en particular el tercero de ellos, en el marco de la Conferencia de las Partes del Convenio celebrada en el año 2010 se adoptó el Protocolo de Nagoya como una respuesta a las inquietudes[391] sobre el acceso a los recursos genéticos, el conocimiento tradicional asociado a ellos y los beneficios que se deriven de su utilización[392].

387 "Una respuesta apunta a afirmar que, dada la materia regulada en el instrumento internacional, resulta evidente que la realización de un conjunto de planes, programas y proyectos "tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones", en los términos del artículo 1º del Acuerdo, presentan un impacto importante, así sea eventualmente positivo en el desarrollo económico de la comunidad indígena, y por ende, la celebración del tratado internacional debía ser consultada previamente con las comunidades Wayúu, quienes son, por lo demás, los destinatarios directos de los compromisos asumidos por los Estados contratantes". Corte Constitucional. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, C-615/09.

388 "Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, se afirma que el tratado internacional los afectaría en relación la explotación minera y en lo atinente a la resolución de conflictos que se puedan presentar entre las comunidades indígenas y afrodescendientes y las empresas multinacionales. En tal sentido, la Corte considera que, al menos en los temas indicados, a realización de la consulta previa se tornaba obligatoria, en los términos de la sentencia C- 615 de 2009. En efecto, en numerosas ocasiones, la Corte ha señalado la relación existente entre la preservación de las culturas indígenas y afrodescendientes y las medidas que puedan afectar su territorio, como lo es precisamente la actividad minera. Así las cosas, la pregunta siguiente es si las actividades desplegadas por las autoridades públicas satisfacen las condiciones constitucionales de la consulta previa". Corte Constitucional. Sentencia del 3 de agosto de 2010, C-608/10.

389 El Convenio fue ratificado por Colombia a través de la Ley 165 de 1994. La ley aprobatoria del tratado fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-519 de 1994.

390 "Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada". Convenio de la Diversidad Biológica, artículo 1º.

391 "Pasaron más de 18 años desde la adopción del CDB en mayo de 1992 y la adopción del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Nagoya), en octubre de 2010 en Nagoya, Japón. Durante todo este tiempo, las Partes Contratantes del CDB estudiaron, discutieron, elaboraron y después negociaron el concepto de ABS. El camino hacia Nagoya fue un camino largo, con cuatro diferentes fases y pasos importantes para ser reconocidos". Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva, Frederic Perron-Welch, Natasha Ali y China Williams. Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios. UICN. 2013, p. 20.

392 Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-519 de 1994 señaló: "Pero si bien Colombia cuenta con una diversidad biológica de indiscutida magnitud, quizás el aspecto que mayor preocupación debe suscitar por parte de las autoridades y de los asociados es el del potencial genético con que cuenta nuestro país. En nuestro territorio se encuentra una variedad de genes y un material germoplástico de dimensiones económicas y tecnológicas incalculables, pues su adecuada utilización constituye, sin lugar a dudas, fundamento de un futuro alentador en campos como la medicina, la agricultura y la industria. Sin embargo, el conocimiento y el acceso de estos recursos requieren de enormes apo-

El contenido del Protocolo de Nagoya puede resumirse de la siguiente manera:

> *"El Protocolo de Nagoya dispone de 27 cláusulas del preámbulo, 36 artículos que contienen disposiciones operativas, y un anexo que contiene una lista no exhaustiva de los beneficios monetarios y no monetarios. Establece un marco para la regulación de cómo los usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (por ejemplo, los investigadores y las empresas comerciales) podrán tener acceso a esos recursos y conocimientos. Establece obligaciones generales de participación en los beneficios derivados de la utilización de tales recursos y conocimientos, y obliga a las Partes a garantizar que los usuarios bajo su jurisdicción respeten la legislación nacional sobre ABS y los requisitos regulatorios de las Partes, donde los recursos o conocimientos han sido adquiridos"*[393]

A continuación se presenta una pequeña síntesis del contenido del Protocolo:

i) En el artículo 1º se establece expresamente su objeto al indicarse:

> *"El objetivo del presente Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes".*

ii) Por su parte, el artículo 2º contiene una serie de definiciones de algunos de los términos utilizados por el Protocolo.

iii) De acuerdo con el artículo 3º, el Protocolo aplica a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y a los beneficios derivados de su utilización:

> *"Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos".*

---

yos científicos y financieros que países como Colombia no se encuentra en capacidad de sufragar. Por ello, es de la mayor conveniencia que el Estado sea consciente de la necesidad de, por una parte, determinar las áreas de especial importancia ecológica y velar por su protección y, por la otra, de ser cuidadoso al negociar con países industrializados la explotación económica de ese material genético, pues tales acuerdos deben acarrear para nuestro país no sólo beneficios económicos sino, lo que es de mayor interés, preparación e información científica y tecnológica que permita en un futuro, no sólo adelantar nuestras propias investigaciones en estos asuntos, sino también contar con información permanente respecto de los avances científicos que se hayan logrado con base en recursos genéticos extraídos del territorio colombiano. De igual forma, para efectos del asunto que se examina, debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas -principalmente-, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional". Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 1994, C-519/94.

393 Greiber, Peña Moreno, Åhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, p. 50.

iv) El artículo 4º determina una serie de reglas relativas a la relación del Protocolo con otras normas e instrumentos internacionales.

v El artículo 5º establece que las partes deben adoptar las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias para asegurar que los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos, en posesión de las comunidades indígenas y locales, y de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, sean compartidos de manera justa y equitativa con estas, con fundamento en condiciones mutuamente acordadas:

*"1. De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.*

*2. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.*

*3. A fin de aplicar el párrafo 1 supra, cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda.*

*4. Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.*

*5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas".*

vi) Respecto al acceso a los recursos genéticos, el artículo 6º establece que las Partes del acuerdo deben adoptar las medidas que procedan para asegurar que antes de que se acceda a los recursos genéticos se cuente con el consentimiento o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, cuando estas tengan el derecho a otorgar el referido acceso:

*"1. En el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.*

*2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos"*[394].

vii) El artículo 7º impone a las partes, en esta ocasión en relación al acceso a los conocimientos tradicionales, el mismo deber que el artículo 6º:

*"De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas".*

viii) Por su parte el artículo 8º del Protocolo establece ciertas condiciones que cada Estado deberá tener en cuenta al aplicar y/o adoptar su legislación interna para regular el acceso y la participación en los beneficios. Así, debe: a) promoverse y alentarse la investigación que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, b) prestarse debida atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal, y c) considerar la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.

ix) En el artículo 9º se insta a las partes para que los beneficios que se obtengan del uso de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos se direccionen a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica.

394 Igualmente, señala la norma: "3. De conformidad con el párrafo 1 supra, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias, según proceda, para: (a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios; (b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos; (c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo; (d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable; (e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios; (f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos; y (g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas. Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otras cosas: (i) Una cláusula sobre resolución de controversias; (ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual; (iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera; y (iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda".

x) El artículo 10º establece la posibilidad de que las partes cuenten con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, que conozca sobre la participación justa y equitativa derivada de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener el consentimiento previo:

> *"Las Partes considerarán la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, y con modalidades para este, para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo. Los beneficios compartidos por los usuarios de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a través de este mecanismo se utilizarán para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial"*[395].

xi) El artículo 11 determina que las partes deben procurar cooperar, con la participación de las comunidades indígenas y locales, en la aplicación del Protocolo cuando los recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una parte. Lo mismo ocurre cuando se trate de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos compartidos por una o más comunidades indígenas o locales:

> *"1. En aquellos casos en que los mismos recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una Parte, dichas Partes procurarán cooperar, según sea apropiado, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, según proceda, con miras a aplicar el presente Protocolo.*
>
> *2. En aquellos casos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes, dichas Partes procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del presente Protocolo".*

xii) El artículo 12 señala que las partes en el cumplimiento de sus obligaciones deben tomar en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, respecto de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

Asimismo, determina que las Partes, con la efectiva participación de las comunidades indígenas y locales respectivas, deben establecer mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sobre sus

395 Frente a esta norma la doctrina ha indicado: "El Artículo 10 del Protocolo de Nagoya insta a las Partes a "considerar la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios". El Protocolo por lo tanto no crea un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, sino más bien instruye a las Partes para deliberar sobre si ese mecanismo sería necesario y, en caso afirmativo, cómo va a funcionar". Greiber, Peña Moreno, Åhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, p. 144.

obligaciones para el acceso a estos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de estos.

Finalmente, la indicada disposición prohíbe a las partes restringir, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales. De esta manera establece:

*1. En el cumplimento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.*

*2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos.*

*3. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de:*

*(a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;*

*(b) Requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y*

*(c) Cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.*

*4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio"*[396].

xiii) El artículo 13 autoriza la creación de un punto focal nacional para el acceso y la participación en los beneficios, el cual tiene como funciones dar a conocer información

396 Frente a esta norma la doctrina especializada ha señalado: "El Artículo 12(2) hace un llamado a las Partes, en cooperación con comunidades indígenas y locales pertinentes, para establecer mecanismos para informar de sus obligaciones a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. También identifica el Centro de Intercambio de Información de ABS jugando potencialmente un rol particular a este respecto. La obligación de cada Parte de establecer tales mecanismos en cooperación con cualquier comunidad indígena y local en cuestión es obligatoria ("se establecerá"). Sin embargo, no va más allá de informar a los posibles usuarios de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos de sus obligaciones, en virtud del Protocolo de Nagoya". Ibídem, p. 156.

sobre: a) las solicitudes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, b) los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado o previo o la participación o aprobación de las comunidades indígenas y locales, y c) las autoridades indígenas y locales pertinentes:

> *"1. Cada Parte designará un punto focal nacional para acceso y participación en los beneficios. El punto focal nacional dará a conocer la información de la manera siguiente:*
>
> *(a) Para los solicitantes de acceso a recursos genéticos, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios;*
>
> *(b) Para los solicitantes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, si es posible, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación, según proceda, de las comunidades indígenas y locales, y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios; e*
>
> *(c) Información sobre autoridades nacionales competentes, comunidades indígenas y locales pertinentes e interesados pertinentes.*
>
> *El punto focal nacional será responsable del enlace con la Secretaría"*[397].

xiv) El artículo 14 crea el Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, al cual las partes del Protocolo deben reportar, entre otra información, las autoridades competentes de las comunidades indígenas y locales[398].

xv) El artículo 15 autoriza a las partes para adoptar medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que se acceda a los recursos genéticos con fundamento en el consentimiento previo e informado.

397 Igualmente establece la norma: "2. Cada Parte designará una o más autoridades nacionales competentes sobre acceso y participación en los beneficios. Con arreglo a las medidas legislativas, administrativas o de política correspondientes, las autoridades nacionales competentes estarán encargadas de conceder el acceso o, según proceda, de emitir una prueba por escrito de que se ha cumplido con los requisitos de acceso, y estarán encargadas de asesorar sobre los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar condiciones mutuamente acordadas. 3. Una Parte podrá designar a una sola entidad para cumplir las funciones de punto focal y autoridad nacional competente. 4. Cada Parte comunicará a la Secretaría, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Protocolo para esa Parte, la información de contacto de su punto focal y de su autoridad o autoridades nacionales competentes. Si una Parte designara más de una autoridad nacional competente, comunicará a la Secretaría, junto con la notificación correspondiente, la información pertinente sobre las responsabilidades respectivas de esas autoridades. En los casos en que corresponda, en esa información se deberá especificar, como mínimo, qué autoridad competente es responsable de los recursos genéticos solicitados. Cada Parte comunicará de inmediato a la Secretaría cualquier cambio en la designación de su punto focal nacional, o en la información de contacto o en las responsabilidades de su autoridad o autoridades nacionales competentes. 5. La Secretaría comunicará la información recibida con arreglo al párrafo 4 supra por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios".

398 "2. Sin perjuicio de la protección de la información confidencial, cada Parte proporcionará al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios toda la información requerida en virtud del presente Protocolo, así como la información requerida conforme a las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Dicha información incluirá: (…) 3. La información adicional, si la hubiera y según proceda, puede incluir: (a) Autoridades competentes pertinentes de las comunidades indígenas y locales, e información según se decida; (b) Cláusulas contractuales modelo".

xvi) Por su parte el artículo 16 demanda a las partes de la Convención adoptar medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales dirigidas a garantizar que los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos hayan sido accedidos atendiendo el consentimiento fundamentado o con la aprobación o participación de las comunidades indígenas y locales:

*"1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales.*

*2. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 supra.*

*3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 supra".*

xvii) El artículo 17 contiene una serie de medidas que las partes deben adoptar para vigilar y aumentar la transparencia en la utilización en los recursos genéticos.

xviii) El artículo 18 establece que las Partes del Protocolo deben incentivar a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos para que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas disposiciones en materia de solución de controversias:

*"1. Al aplicar el párrafo 3 g) i) del artículo 6 y el artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen:*

*(a) La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias;*

*(b) La ley aplicable; y/u*

*(c) Opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje.*

*2. Cada Parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas.*

*3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a:*

*(a) Acceso a la justicia; y*

*(b) La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales".*

*4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al artículo 31 del presente Protocolo".*

xix El artículo 19º alienta a las partes para que establezcan cláusulas contractuales modelo aplicables a las condiciones mutuamente acordadas.

xx) El artículo 20 promueve la adopción de códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en materia de acceso y participación en los beneficios.

xxi) A través del artículo 21 se impone a las partes la adopción de medidas que tengan como objetivo concientizar sobre la importancia de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos, así como también de las materias conexas de acceso y participación en los beneficios:

*"Cada Parte adoptará medidas para aumentar la concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios. Dichas medidas pueden incluir entre otras:*

*(a) Promoción del presente Protocolo, incluido su objetivo;*

*(b) Organización de reuniones de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;*

*(c) Establecimiento y mantenimiento de una mesa de ayuda para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;*

*(d) Difusión de información por conducto de un centro de intercambio de información nacional;*

*(e) Promoción de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en consulta con las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;*

*(f) Promoción, según proceda, del intercambio de experiencias a nivel nacional, regional e internacional;*

*(g) Educación y capacitación de usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones de acceso y participación en los beneficios;*

*(h) Participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes en la aplicación de este Protocolo; y*

*(i) Aumento de la concienciación acerca de los protocolos y procedimientos comunitarios de las comunidades indígenas y locales".*

xxii) El artículo 22 señala que las Partes deben cooperar en la creación, desarrollo y fortalecimiento de capacidades y recursos humanos para la aplicación efectiva del Protocolo. Con este propósito se debe facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales:

*"1. Las Partes cooperarán para crear capacidades, desarrollar capacidades y fortalecer los recursos humanos y las capacidades institucionales para aplicar el presente Protocolo de manera efectiva en las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, incluso a través de las instituciones y organizaciones mundiales, regionales, subregionales y nacionales existentes. En este contexto, las Partes deberían facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.*

*(…)*

*3. Como base para las medidas apropiadas en relación con la aplicación de este Protocolo, las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición deberían identificar sus necesidades y prioridades nacionales en cuanto a capacidad por medio de autoevaluaciones nacionales de capacidad. Para tal fin, dichas Partes deberían apoyar las necesidades y prioridades en cuanto capacidad de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, según estas las hayan identificado, haciendo hincapié en las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las mujeres".*

xxiii) El artículo 23 determina que las Partes colaborarán y cooperarán en programas de investigación técnica, científica y de desarrollo, incluyendo actividades de investigación biotecnológica, como un mecanismo para lograr el objetivo del Protocolo.

xxiv) El artículo 24 invita a los Estados que no son parte a adherirse al Protocolo.

xxv) El artículo 25 establece el mecanismo financiero del Protocolo.

xxvi) Los artículos 26, 27, 28 y 29 se refieren a la reunión de las partes, los organismos subsidiarios, la Secretaría, la vigilancia y la presentación de informes.

xxvii) El artículo 30 señala que deberán adoptarse procedimientos y mecanismos para promover el cumplimiento del Protocolo.

xxviii) Los artículos 31 a 34 tratan lo referente a la evaluación y revisión del Protocolo, las firmas, la entrada en vigor, las reservas y la denuncia del tratado.

## 4. El caso concreto

Para resolver los interrogantes planteados en la consulta es necesario determinar si el Protocolo de Nagoya requiere de la celebración de un procedimiento de consulta previa, antes de que sea sometido a la aprobación del Congreso Nacional.

Para la Sala la respuesta a este interrogante es positiva, pues el Protocolo modifica el estatus de las comunidades étnicas al otorgarles un nuevo derecho o prerrogativa[399]. Además, desarrolla una materia reconocida en el Convenio 169 de la OIT y en el artículo 330 de la Constitución Política al regular la explotación de recursos naturales. Igualmente, el Protocolo contiene disposiciones vinculadas con elementos de interés y significado para las comunidades.

### 4.1. El Protocolo de Nagoya modifica el estatus de las comunidades étnicas

En el caso objeto de estudio la necesidad de adelantar la consulta previa para incorporar el Protocolo de Nagoya al ordenamiento jurídico colombiano encuentra sustento en el hecho de que su contenido modifica el estatus de las comunidades étnicas y por tanto se produce una afectación directa sobre estas[400].

En efecto, el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo de Nagoya reconoce el derecho a las comunidades indígenas y locales de otorgar el acceso a los recursos genéticos, cuando así les corresponda:

> *"2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la*

399 Es importante señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2016 realizó el juicio de constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Costa Rica, tratado que en su artículo 9.5 regula algunos aspectos de forma similar al Protocolo de Nagoya. Si bien la Corte concluyó que no era necesario realizar la consulta previa, pues no se afectaba directamente a las comunidades étnicas, en el Protocolo de Nagoya no se podría llegar a la misma conclusión, teniendo en cuenta que este último altera el estatus de las comunidades a través de sus disposiciones.

400 "Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que "altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios". En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. "Bajo ese orden, debido a que, como se ha reseñado, tiene que existir una afectación directa para que proceda la consulta previa, la Corte ha definido este concepto como aquella que se presenta cuando la medida a imponer genera restricciones o beneficios a la comunidad, alterando el estatus de sus integrantes o del grupo en general". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de julio de 2014, T-461/14.

*aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos".*

La doctrina especializada ha señalado que esta norma otorgó a las referidas comunidades la potestad para determinar el acceso a los recursos genéticos:

*"El Artículo 6 del Protocolo de Nagoya sobre todo se basa en los distintos elementos del Artículo 15 del CDB (en los Párrafos 1, 2, 3, y 5) que tienen que ver con el estado de los recursos genéticos y las condiciones/requisitos de acceso. El Artículo 6 es la disposición fundamental que aborda el acceso a los recursos genéticos en el Protocolo. Estipula los derechos y obligaciones de los proveedores al momento de regular el acceso a los recursos genéticos.*

*El Párrafo 1 reafirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales y, por consiguiente, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos de acuerdo con las legislaciones nacionales de ABS y los requisitos reglamentarios, y sujeto al CFP de la Parte que proporciona los recursos. En el Párrafo 2, se introduce un nuevo escenario, que no existía en el derecho internacional de acceso antes del Protocolo de Nagoya: el derecho de las comunidades indígenas y locales a determinar el acceso a los recursos genéticos, donde ellas tengan establecido el derecho para permitir el acceso a dichos recursos.*

*(…)*

*"El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya regula el acceso a los recursos genéticos que requieren consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales. Es un nuevo enfoque en el derecho internacional de ABS. En virtud del Artículo 8(j) del CDB, los Estados deberán, en la medida de lo posible y según proceda, (sólo) promover la aplicación más amplia de los conocimientos tradicionales con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos y fomentar la participación equitativa de los beneficios derivados de su utilización. El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya ahora reconoce que las comunidades indígenas y locales pueden tener el derecho de conceder el acceso no sólo a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, sino también a los recursos genéticos como tal –es decir, recursos genéticos sin el conocimiento tradicional asociado a ellos. También introduce un requisito para el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a tales recursos. Además, define el papel de una Parte en el proceso de obtención del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales". (subrayado fuera del texto)*[401].

Por lo tanto, al establecer el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo un nuevo derecho para las comunidades indígenas y locales se está modificando su estatus, y en consecuencia afectando de forma directa a estas.

401 Greiber, Peña Moreno, Åhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, pp. 104, 105, 110.

Adicionalmente, el numeral 4º del artículo 12 del Protocolo de Nagoya también impacta directamente a las comunidades étnicas, pues establece una medida de protección en favor de estas al prohibir a las Partes del Protocolo restringir, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales[402].

### 4.2. El Protocolo de Nagoya desarrolla una materia contenida en el Convenio 169 de la OIT y reconocida en el artículo 330 de la Constitución Política al regular la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades

La jurisprudencia nacional ha establecido que procede la consulta previa en el caso de medidas que: i) están relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas[403], ii) se refieren a asuntos contenidos por el Convenio 169 de la OIT[404] y iii) regulan materias sobre los cuales las comunidades tienen derechos constitucionales específicos[405].

Dentro de este marco, se justifica la realización de la consulta previa en el caso del Protocolo de Nagoya toda vez que este instrumento internacional regula el acceso a los recursos genéticos[406] y a los conocimientos tradicionales[407], actividad que constituye una forma de explotar recursos naturales dentro del territorio de las comunidades étnicas.

402 "4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio".

403 "De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que "materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. "En esta ocasión, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales establecidas en los fallos anteriormente referidos, en las que establece que (i) toda medida legislativa o administrativa que afecte de forma directa a las comunidades étnicas que se encuentran en el territorio nacional, debe someterse al proceso de consulta previa y, (ii) las materias concernientes a la confirmación de la entidad de dichas comunidades, tales como su territorio, la explotación de recursos naturales y los temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos, también deben someterse a dicho proceso". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

404 "Un segundo criterio es de naturaleza normativa. La jurisprudencia ha considerado que se presume la necesidad de efectuar la consulta previa respecto de (…) (ii) aquellos tópicos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT. (…) En segundo término, se resalta que la consulta es obligatoria cuando la medida legislativa o administrativa tenga relación directa con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT, que refieren a su vez a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en tanto grupos de identidad diferenciada". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

405 "De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de educación". Ibídem. "En conclusión y adoptándose la regla jurisprudencial contenida en la sentencia C-366/11, la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales (…)". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15. "Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos". Corte Constitucional. Sentencia del 11 de mayo de 2011, C-366/11.

406 "Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos". Protocolo de Nagoya, artículo 3º.

407 El protocolo de Nagoya no define expresamente que se entiende por "conocimientos tradicionales". Por su parte la doctrina lo ha definido de distintas maneras: "Siguiendo a Olivé, los conocimientos tradicionales se pueden entender como aquellos conocimientos que han sido generados, preservados, aplicados y utilizados por comunidades y pueblos tradicionales, como los grupos indígenas de América Latina, que constituyen una parte medular de las culturas de dichos pueblos, y tienen un enorme potencial para la comprensión y resolución de diferentes problemas sociales y ambientales". Liliana Valladares y León Olivé. ¿Qué son los conocimientos tradicionales? Apuntes epistemológicos para la interculturalidad, Cultura y representaciones sociales. Vol. 10, No. 19, 2015, p. 69. "Si bien resulta difícil dar una definición de conocimientos tradicionales que incorpore toda la diversidad de formas de expresión, en términos generales podría incluir a todo conocimiento, creación, innovación o expresión cultural perteneciente a grupos étnicos que se transmita de generación en generación y se desarrolle dentro de un

Así, la Corte Constitucional ha señalado:

> *"Con todo, la Corte entiende que la explotación de los recursos naturales en la comunidades indígenas, de acuerdo con los términos que establece la Constitución y el Convenio que se estudia, abarca no sólo cualquier actividad que implique la extracción material de esos recursos -desde los hidrocarburos y minerales hasta las riqueza genética- sino también las decisiones que comprometan política, económica, cultural o socialmente el conocimiento que los indígenas tengan sobre la utilización y preservación de esos recursos"*[408].

Por lo tanto, la consulta previa encuentra sustento habida cuenta que el Protocolo de Nagoya es una medida que concierne a la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas, actividad contenida en el Convenio de 169 de la OIT[409] (artículo 15 del Convenio 169 de la OIT[410]), y sobre la cual los pueblos indígenas tienen el derecho a ser consultados (artículo 330[411]).

### 4.3. El Protocolo contiene disposiciones vinculadas con elementos de interés y significado para las comunidades

La jurisprudencia también ha señalado que en la determinación de la afectación directa de las comunidades debe tomarse en consideración el significado[412] que para esta tienen los bienes o prácticas sociales impactadas con la medida[413].

En este sentido, la consulta previa encuentra justificación toda vez que los conocimientos tradicionales son un elemento de gran significado e interés[414] para las comunidades

esquema de educación no formal (Tobón Franco, 2006; Vargas Cháves, 2010)". María Luz Endere y Mercedes Mariano. Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. Quinto Sol. Vol. 17, No. 2, 2013, p. 2.

408 Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 1994, C-519/94.

409 "Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

410 "1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

411 "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

412 "Finalmente, para la Corte la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa debe analizarse según el significado que tengan para los pueblos indígenas afectados los bienes o prácticas sociales interferidas – por ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta afectada, y de su comprensión del contenido material de dicha política". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

413 "La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta "aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

414 "Históricamente los pueblos indígenas han habitado en las zonas del planeta con mayor diversidad, desarrollando y manteniendo una estrecha relación con los recursos biológicos y genéticos. Durante siglos, estas comunidades han gestionado sus recursos a través de prácticas culturales que han atribuido a la tierra y a los recursos situados en ella un significado simbólico y social que excede a su inmediato valor extractivo. Las comunidades indígenas han protegido innumerables espacios naturales, especies o ecosistemas por múltiples razones, desde la subsistencia hasta motivos de índole cultural y espiritual, adquiriendo un profundo conocimiento del medio con el que se han relacionado a diario durante tantos años. Las formas de vida tradicionales han permitido a estas comunidades la acumulación de una ingente cantidad de sabiduría

étnicas, pues, no solo su titularidad radica en cabeza de estas, sino que además se encuentran íntimamente ligados con su identidad y posibilidades de supervivencia[415].

Lo anterior es reconocido por el propio Protocolo de Nagoya, el cual señala en su Preámbulo que los conocimientos tradicionales pertenecen o son poseídos por las comunidades indígenas y locales[416], son inseparables de estas e importantes para la conservación de sus medios de vida. Igualmente, el Protocolo reconoce que son estas quienes tienen el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos dentro de sus comunidades[417].

El Convenio No. 169 de la OIT destaca también en su artículo 23 la importancia de los conocimientos tradicionales para el mantenimiento de la cultura, la autosuficiencia y el desarrollo económico de las comunidades indígenas y tribales:

> *"1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades.*

---

relacionada con los recursos de su entorno, participando también en su evolución y diversificación genética. La aportación de estos grupos humanos en este campo es esencial para el conjunto de conocimientos sobre los distintos componentes biológicos y sus usos tradicionales de la biodiversidad son indispensables para avanzar en la utilización sostenible de los recursos naturales. (…) Como sucede con cualquier otro tipo de recursos, el aprovechamiento comercial y la explotación industrial del material genético y de la sabiduría indígena conexa tiene costes y beneficios potenciales, siendo necesario un marco regulatorio adecuado para hacer frente a estos riesgos. Debido a la importancia crucial que estos recursos y conocimientos tienen para las estructuras económicas, sociales y culturales indígenas, los intereses de sus comunidades deben desempeñar un papel central tanto en los procesos normativos como en la puesta en marcha de políticas de protección, acceso y utilización de estos valiosos bienes". Pedro García Fuente, La regulación internacional del acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. RJUAM. No. 32, 2015, pp. 156-157. "A major concern of Indigenous people is that their cultural knowledge of plants, animals and the environment is being used by scientists, medical researchers, nutritionists and pharmaceutical companies for commercial gain, often without their informed consent and without any benefits flowing back to them". [Una preocupación importante para las comunidades indígenas es que su conocimiento tradicional sobre las plantas, los animales y el ambiente está siendo usado por los científicos, investigadores médicos, nutricionistas y compañías farmacéuticas para su beneficio comercial, generalmente sin su consentimiento informado y sin ningún beneficio para ellos]. (traducción libre). Terri Janke, Our cultura: our future. ATSIC, 1998, p. 24.

415 "No podemos olvidar que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos poseen, para los pueblos indígenas, un gran valor social, cultural, espiritual y económico (…) en el caso de los conocimientos tradicionales no hay dudas sobre que su titularidad y su propiedad corresponde a las comunidades que los custodian y los mantienen vivos (…)". García Fuentes, pp. 174, 176. "Indigenous peoples themselves have repeatedly claimed that they have fundamental rights to IK because it is necessary to their cultural survival, and this principle is increasingly being recognized in international law". [Las comunidades indígenas han reclamado repetidamente que ellos tienen un derecho fundamental al CI {conocimiento indígena} porque es necesario para su supervivencia cultural, y este principio está siendo reconocido de forma creciente en el derecho internacional] (traducción libre). Francesco Mauro y Presto D. Hardison, Traditional Knowledge of Indigenous and Local Communities: International Debate and Policy Initiatives. Ecological Aplications. Vol. 10. No. 5. 2000, p. 1263.

416 "Pese a la situación bastante desalentadora pero real en la que viven los pueblos y las comunidades indígenas, resulta admirable constatar que han podido desarrollar y mantener a lo largo del tiempo conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la diversidad biológica, a saber, CT sobre ecosistemas y especies fundamentalmente, que no solamente han contribuido a su bienestar, sino al bienestar de la humanidad en su conjunto. La literatura y documentación es abundante sobre, por ejemplo, el aporte de las comunidades amazónicas en la identificación de plantas medicinales con comprobadas propiedades curativas. Asimismo, sus aportes en la domesticación y el conocimiento sobre cultivos alimenticios, están bastante bien documentados, tanto en el nivel de su valor de uso para los propios grupos indígenas como a nivel de la importancia agronómica que tienen para el mundo exterior. La información y estudios en etno-botánica y etno-farmacología amazónica son, asimismo, abundantes". Manuel Ruiz Muller, La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina. UICN, 2006, p. 40.

417 "Tomando nota de la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades,
Reconociendo la diversidad de circunstancias en que las comunidades indígenas y locales tienen o poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos,
Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales".

*2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo".*

De otra parte, un tercer instrumento internacional que reconoce la estrecha conexión y relevancia de los conocimientos tradicionales para las comunidades étnicas es la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General del 13 de septiembre de 2007, la cual indicó en su artículo 31:

*"1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*

*2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos".*

Ahora bien, la consulta previa debe realizarse antes de que el Presidente de la República someta el tratado internacional a la aprobación del Congreso. En este sentido se ha indicado:

*"Conforme con lo expresado, en la citada Sentencia C-615 de 2009, la Corte ratificó que, dado que ni la Constitución, ni la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ni el Convenio 169 de la OIT aportan una solución expresa al tema de la oportunidad de la consulta previa, con fundamento en los principios de buena fe y de eficacia que deben orientar su realización, e independientemente del tipo de tratado que se discuta -bilateral o multilateral, aquella debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional al Congreso por parte del Presidente de la República"*[418].

Igualmente, en otra oportunidad se determinó:

*"En ese contexto, se manifestó en el fallo que la eficacia de la consulta a las comunidades étnicas dependerá de si ésta tiene ocurrencia antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación del Congreso, pudiendo realizarse o*

418 Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. "Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, ha dicho la Corte que la consulta debe ser oportuna, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido". (…) Siendo ello así, (…) la consulta previa (…) deberá llevarse a cabo antes de que el Presidente de la República remita el tratado y su ley aprobatoria al Senado". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-187/11.

*bien durante la etapa de negociación, mediante la creación, por ejemplo, de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado, esto es, luego de la firma del tratado. Preciso la Corte que si la consulta "se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (vgr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc); o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado"*

*(…)*

*En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la consulta previa a los grupos étnicos que puedan resultar afectados directamente por un tratado, "constituye un requisito de procedimiento que debe surtirse antes del trámite legislativo respectivo", pues, de hacerlo con posterioridad, se trataría "no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido"*[419].

En suma, con fundamento en el artículo 330 de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia nacional, no es posible presentar directamente al Congreso de la República el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo de Nagoya, pues es necesario que previamente se celebre la consulta previa con las comunidades étnicas.

Igualmente, la adopción de medidas posteriores para implementar o desarrollar el Protocolo de Nagoya puede llegar a requerir también la realización de un procedimiento de consulta previa con las respectivas comunidades. Lo anterior en virtud de lo dispuesto tanto en las normas y jurisprudencia nacional, como en las disposiciones del propio Protocolo.

### 4.4. El procedimiento de consulta previa

Una vez se ha establecido la necesidad de adelantar la consulta previa, la Sala considera apropiado referirse a algunos aspectos del procedimiento que debe surtirse.

En este sentido, el procedimiento de consulta previa debe:

i) Dirigirse a lograr el consentimiento de las comunidades étnicas[420].

419 Igualmente señaló: "Conforme con lo expresado, en la citada Sentencia C-615 de 2009, la Corte ratificó que, dado que ni la Constitución, ni la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ni el Convenio 169 de la OIT aportan una solución expresa al tema de la oportunidad de la consulta previa, con fundamento en los principios de buena fe y de eficacia que deben orientar su realización, e independientemente del tipo de tratado que se discuta -bilateral o multilateral-, aquella debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional al Congreso por parte del Presidente de la República". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

420 "La sentencia T-576 de 2014 recogió algunas de esas características. Según la Corte, conforme al artículo 6º del Convenio, las consultas deben (i) llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, (ii) mediante las instituciones representativas de las comunidades, (iii) de buena fe y, (iv) con el firme propósito de lograr un acuerdo y consentimiento de las medidas discutidas". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

ii) Permitir que estas tengan una participación oportuna, activa[421] y efectiva[422].

iii) Tener en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad[423].

iv) Garantizar la participación de todas las comunidades afectadas[424].

v) Desarrollarse de manera respetuosa y de buena fe, y

vi) Como mecanismo de protección, permitir la participación de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo[425].

En relación a actividades concretas a adoptar dentro del procedimiento de consulta previa, resulta útil acudir a lo indicado en la sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional en la cual se ordenaron una serie de acciones a desarrollar en una consulta previa de una medida de carácter general[426]. En este sentido, para el caso objeto de estudio podría procederse de la siguiente manera:

i) Debe permitirse la participación de todas las comunidades étnicas que se consideren con derecho a participar en el proceso de consulta, sin importar si son rurales o urbanas, o la forma organizativa que tengan. Dicha participación debe adelantarse a través de delegados escogidos por ellas[427].

ii) Con el propósito de garantizar los principios de publicidad, transparencia y buena fe, la convocatoria al proceso consultivo debe publicarse, al menos, en la página

421 "Dicho en otras palabras, la institución de la consulta previa busca que las comunidades tradicionales tengan una participación oportuna, activa y eficaz en la toma de decisiones que corresponda adoptar a las autoridades, en asuntos que las involucre, cualquiera sea la materia de que se trate, en procura de que tales decisiones sean en lo posible acordadas o concertadas, desprovistas de arbitrariedad y de autoritarismo, y, en todo caso, razonables y proporcionadas al fin constitucional impuesto al Estado de proteger la diversidad étnica y cultural. Desde ese punto de vista, el proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el que se establezca, de común acuerdo entre las autoridades estatales y los representantes de los grupos étnicos, las bases del proceso participativo". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

422 "Por su parte, que el proceso de consulta sea efectivo significa que el punto de vista de las comunidades étnicas "debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas", frente a lo cual resulta insuficiente la simple notificación del proyecto a los pueblos interesados o la celebración de reuniones puramente informativas de decisiones ya adoptadas". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290).

423 "Deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados: lo que se ha entendido como la exigencia de que el proceso consultivo tenga en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad y brinde "un escenario efectivo de participación". Ibídem.

424 "En séptimo lugar, muy relacionado con lo anterior, los mecanismos de consulta deben garantizar la participación de cada comunidad afectada. Esto significa, por un lado, que el nivel de participación debe estar dado por el nivel de afectación. De este modo, si hay una afectación directa a una o varias comunidades de un municipio concreto, por ejemplo, el proceso de consulta no se puede llevar a cabo con instancias representativas del orden nacional o municipal, sino que se debe garantizar la participación de los representantes de cada una de esas comunidades (que reflejen sus intereses, costumbres, prácticas, etc.). Por el otro lado, atendiendo a los derechos de participación de las comunidades étnicas que se distinguen en varios niveles, no se aceptan como consulta previa, mecanismos que involucren a grupos poblacionales más grandes que abarquen a las comunidades étnicas (como un referendo u otros mecanismos de participación ciudadana). La consulta previa es un derecho propio de estas comunidades cuyo proceso las debe involucrar de manera independiente, exclusiva y autónoma". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

425 "Finalmente, como garantía adicional en el marco de este elemento, la Corte Constitucional aseveró la obligación de garantizar la presencia y participación de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, cuando así lo solicite la comunidad, para que dentro del ámbito de sus competencias, velen por la correcta realización del proceso consultivo y aseguren la protección de los derechos de los pueblos étnicos". Ibídem.

426 En la referida sentencia la Corte ordenó: "Dejar sin efectos, por las razones señaladas en esta providencia, la Resolución 121 de 2012, "Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones" y los demás actos administrativos que se profirieron a su amparo, en especial, el Decreto 2163 de 2012, por medio del cual se conforma y se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de agosto de 2014, T-576/14.

427 "En línea con lo que aquí se ha expuesto, dicho proceso de consulta deberá permitir la participación de todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en él, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario". Ibídem.

web del Ministerio del Interior, el sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y en periódicos de circulación nacional y regional[428].

iii) Debe indicarse en la convocatoria la fecha, hora y lugar en la que se adelantará la primera etapa del proceso consultivo (preconsulta) así como también el objeto de la misma[429].

iv) Igualmente, debe publicarse, a través de los medios señalados en el numeral ii) tanto el texto del Protocolo de Nagoya, como un documento explicativo que presente de forma sencilla y comprensible el contenido del Protocolo[430].

v) El Ministerio del Interior debe contar de forma permanente con un link de fácil visibilidad o acceso en su página web a través del cual los interesados puedan acceder a los documentos señalados en el numeral anterior, al cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta) y a los informes sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el desarrollo del proceso[431].

vi) Se debe contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación[432]. Igualmente, si se considera apropiado, podría invi-

428 "Adicionalmente, para garantizar que la convocatoria a participar en dicho proceso cumpla con los requisitos de publicidad, transparencia y buena fe que deben caracterizar este tipo de procesos, la Sala ordenará que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, el Ministerio del Interior divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional, la convocatoria al citado proceso consultivo, el cual, en los términos señalados en el acápite precedente". Ibídem.

429 "La convocatoria deberá sujetarse a las siguientes reglas: i) se dirigirá a todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en dicho proceso, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario; ii) deberá indicar de forma precisa la fecha, la hora y el lugar en el que se realizará la primera etapa del proceso consultivo, esto es, la de preconsulta, la cual, por razones logísticas, deberá llevarse a cabo en el marco de asambleas departamentales y iii) deberá especificar que el objeto del referido proceso consultivo es la integración de la instancia de participación con la cual se consultarán, en adelante, las medidas de amplio alcance que puedan afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras". Ibídem.

430 "Cuarto.- Ordenar al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional la "Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas" aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. El ministerio deberá informar que dicha propuesta será el punto de referencia para el trámite del proceso de consulta en el curso del cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales. La divulgación del documento deberá presentar, de forma sencilla y comprensible, el contenido de cada uno de los siete puntos definidos en la propuesta de protocolo, destacando, especialmente, el contenido del punto v), relativo a "los participantes del proceso de consulta", por ser este, en últimas, el que se debatirá en el marco del proceso consultivo al que se refiere esta sentencia". Ibídem.

431 "Sexto.- Ordenar que, como garantía de transparencia del proceso de consulta previa mediante el cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el Ministerio del Interior deberá publicar un vínculo de fácil visibilidad y acceso en su página web en el que, además de mantener a disposición de los interesados la "Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas" y la propuesta que eventualmente formule el gobierno sobre el particular, informe sobre el cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta), y sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el curso del mismo. Dicho vínculo, que deberá publicarse, también, en la página web del Programa Presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo integral de la Población Afrocolombiana, Negra y Raizal de la Presidencia de la República, deberá incluir posteriormente la información definitiva sobre las reglas que determinarán el funcionamiento de la respectiva instancia de consulta, identificar a sus integrantes y divulgar los procesos de consulta previa de medidas de amplio alcance en los que participen, para conocimiento de todas las comunidades interesadas". Ibídem.

432 "Por último, la Sala le solicitará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que, a través de sus seccionales o delegadas, y en el marco de sus funciones legales y de su misión institucional, acompañen el desarrollo del proceso de consulta previa de las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, y ejerzan las labores tendientes a lograr el pleno cumplimiento de este fallo.
Igualmente, dispondrá que el contenido de la presente decisión se comunique al representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el objeto de que, en ejercicio de las funciones que se inscriben en el marco de su mandato, acompañe el cumplimiento de la presente decisión y realice las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes". Ibídem.

tarse a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

## La Sala responde:

1. *"Teniendo en cuenta los dos fallos mencionados, para el caso de la Ley aprobatoria del Protocolo de Nagoya considera el Consejo de Estado que el Ministerio de Relaciones Exteriores, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, puede proceder a presentar directamente el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo del Congreso? En caso afirmativo, considera el Consejo de Estado que debe adelantarse consulta previa para el desarrollo de la legislación interna encaminada a la implementación del Protocolo en Colombia?*

El Protocolo de Nagoya afecta directamente a las comunidades étnicas, pues: i) modifica su estatus al otorgarles un nuevo derecho o prerrogativa; ii) concierne a la explotación de recursos naturales en sus territorios, actividad regulada en el artículo 15 del Convenio de 169 de la OIT y sobre la cual tienen el derecho constitucional a ser consultadas (artículo 330 de la Constitución Política); y iii) contiene disposiciones de gran interés y significado para ellas.

Por lo tanto, con fundamento en el artículo 330 de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia nacional, no es posible presentar directamente al Congreso de la República el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo de Nagoya, pues es necesaria la celebración de consulta previa con las comunidades étnicas.

Por otro lado, la adopción de medidas posteriores para implementar o desarrollar el Protocolo de Nagoya puede llegar a requerir también la realización de un procedimiento de consulta previa con las respectivas comunidades. Lo anterior en virtud de lo dispuesto tanto en las normas y la jurisprudencia nacional, como en las disposiciones del propio Protocolo.

Remítase al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

| **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** |
| Fecha: 22/08/2018<br>Consejero Ponente: *Édgar González López*<br>Levantamiento de la reserva mediante oficio del 3 de octubre de 2018 |

El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible formula a la Sala una consulta sobre el alcance del artículo 96 de la Ley 633 de 2000 y la posibilidad de realizar el cobro de los trámites de levantamiento de veda de especies de flora silvestre y de sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional.

## I. ANTECEDENTES

El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible divide en varias secciones el tema de la consulta, las cuales presenta de la siguiente manera:

### 1. Aproximación a los instrumentos de manejo y control ambiental.

Inicialmente el Ministro cita el artículo 80 de la Constitución Política, el cual establece, entre otras disposiciones, que el Estado debe planificar el manejo de los recursos naturales y controlar los factores de deterioro ambiental.

Luego menciona el numeral 14 del artículo 5º de la Ley 99 de 1993, el cual asigna la siguiente función al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible:

> ***"14.*** *Definir y regular los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental y determinar los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas;".*

Señala que la razón de ser de los instrumentos de manejo y control ambiental fue precisada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en estos términos:

> *"La razón de ser de los instrumentos de manejo y control ambiental es la protección de los derechos individuales y colectivos, correspondiéndole a las autoridades públicas velar por un mínimo impacto negativo, para lo cual la autoridad ambiental se ocupa de prevenir y controlar los factores de deterioro"*[433].

433 Cita de la consulta: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 5 de abril de 2017, Rad. No. 25000-23-26-000-2007-00688-01 (38622) A. Ver también Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia del 29 de abril de 2015, Exp. No. 2010-00217.

Infiere de lo anterior que el deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, por medio del otorgamiento, modificación, negación o cancelación de instrumentos de manejo ambiental, de acuerdo con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad ambiental competente para evitar o prevenir un perjuicio grave o irreversible contra el ambiente.

Transcribe la clasificación en cuatro categorías de los instrumentos de gestión ambiental que ha establecido el doctor Manuel Rodríguez Becerra, en esta forma:

> *"1. Los instrumentos de regulación directa, denominados de comando y control, basados en la promulgación de normas y en la ecuación coerción sanción; es decir, se trata de la forma tradicional de hacer cumplir la ley llevada al campo de la conducta ambiental.*
>
> *2. Los instrumentos administrativos consistentes en el otorgamiento de licencias, permisos y demás modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales previstos en las diferentes legislaciones. La licencia ambiental ha sido el instrumento predominante dentro de esta categoría.*
>
> *3. Los instrumentos económicos que están dirigidos a hacer que las fuerzas del mercado sean las principales propiciadoras del cumplimiento de las metas ambientales de la sociedad.*
>
> *4. La educación, la investigación, la asistencia técnica y la información ambiental conforman la cuarta categoría".*

Señala que la primera categoría constituye una forma de intervención de los Estados y la comunidad internacional al ejercer un control normativo en distintos ámbitos de la sociedad y que las autoridades están esencialmente obligadas a tomar medidas para evitar el daño ambiental.

## 2. Marco jurídico. Levantamiento de vedas

La consulta indica que de conformidad con la Ley 99 de 1993, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como organismo rector de la gestión ambiental en el país, tiene dentro de sus atribuciones, la de definir las regulaciones a las que se deben sujetar la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y del medio ambiente de la Nación, con el fin de asegurar el desarrollo sostenible.

Destaca las siguientes funciones del hoy denominado Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, contempladas en los numerales 1, 2, 14 y 23 del artículo 5º de la Ley 99 de 1993:

> ***"Artículo 5.- Funciones del Ministerio.*** *Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente:*

*1. Formular la política nacional en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, y establecer las reglas y criterios de ordenamiento ambiental de uso del territorio y de los mares adyacentes, para asegurar el aprovechamiento sostenible delos recursos naturales renovables y del medio ambiente;*

*2. Regular las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente, y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, a fin de impedir, reprimir, eliminar o mitigar el impacto de actividades contaminantes, deteriorantes o destructivas del entorno o del patrimonio natural;*

*(…)*

*14. Definir y regular los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental y determinar los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas;*

*(…)*

*23. Adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de las especies de flora y fauna silvestres; tomar las previsiones que sean del caso para defender especies en extinción o en peligro de serlo; y expedir los certificados a que se refiere la Convención Internacional de Comercio de Especies de Fauna y Flora Silvestre Amenazadas de Extinción –CITES–;*

*(…)".*

Indica que la declaratoria de las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional, se efectuó por medio de la Resolución No. 572 del 4 de mayo de 2005 y se ha actualizado mediante las Resoluciones Nos. 383 de 2010, 192 de 2014 y 1912 de 2017. En estas se ha considerado que se debe hacer de manera constante, la revisión y ajuste del instrumento administrativo de vedas, prohibiciones y restricciones respecto de tales especies.

Se define en la consulta la veda como *"el instrumento de restricción y regulación del uso o aprovechamiento de determinadas especies, otros grupos taxonómicos o productos en tiempo y territorio, cuando existan evidencias o indicios que las mismas están siendo amenazadas por diferentes procesos de degradación ambiental".*

Se menciona el Decreto Ley 3570 del 27 de septiembre de 2011, mediante el cual se modificaron los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se integró el respectivo sector administrativo. En el artículo 1º se señaló que el Ministerio es el organismo rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables y tiene como objetivos orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los

recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, sin perjuicio de las funciones de otros sectores.

El Ministerio cuenta en su estructura con la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos, cuyas funciones se encuentran enunciadas en el artículo 16 de este decreto, de las cuales la consulta destaca las indicadas en los numerales 11, 12 y 15:

> ***"Artículo 16. Funciones de la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos.*** *Son funciones de la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos:*
>
> *(…)*
>
> *11. Proponer las bases técnicas para la regulación de las condiciones generales del uso sostenible, aprovechamiento, manejo, conservación y restauración dela diversidad biológica tendientes a prevenir, mitigar y controlar su pérdida y/o deterioro, en coordinación con las otras dependencias.*
>
> *12. Aportar los criterios técnicos requeridos para la adopción de las medidas necesarias que aseguren la protección de especies de flora y fauna silvestres amenazadas e implementar la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Cites, en coordinación con las demás dependencias.*
>
> *(…)*
>
> ***15. Levantar total o parcialmente las vedas de especies de flora y fauna silvestres.***
>
> *(…)"* (Negrillas de la consulta).

Señala la consulta que en el desarrollo de proyectos, obras o actividades que pretendan aprovechar, comercializar y/o movilizar especies de flora silvestre y forestales maderables y no maderables, se ha determinado la necesidad de levantar parcialmente la veda al aprovechamiento, comercialización y /o movilización de algunas especies de flora silvestre y forestales maderables y no maderables, en las labores que impliquen remoción de cobertura vegetal y/o afectación de las mismas, para realizar dichos proyectos.

Es así como la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ha atendido solicitudes de levantamiento parcial de veda, relacionadas con las normas de carácter nacional expedidas por el entonces Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente – Inderena, como por ejemplo, las Resoluciones Nos. 316 de 1974, 1132 y 1408 de 1975 y 213 y 801 de 1977[434].

434 Nota de la Sala: Estas Resoluciones del Inderena dispusieron lo siguiente:
i) La Resolución No. 316 de 1974 estableció vedas para el aprovechamiento de algunas especies forestales maderables, en esta forma: en todo el territorio nacional y por tiempo indefinido para el pino colombiano, el nogal, el hojarasco y el molinillo, entre otras especies (art. 1º) y para el roble, este último con excepción de los departamentos de Cauca, Nariño y Antioquia, en los cuales *"no obstante, (…) no se otorgarán permisos para el aprovechamiento de esta especie para la obtención de carbón, leña o pulpa"* (art. 2º).

Se determinó en el año 2013 que dentro del Sistema Integrado de Gestión del Ministerio, los procesos de levantamiento de veda fueran atendidos como procesos independientes y luego mediante el procedimiento identificado como P-M-INA-12 del 3 de diciembre de 2015, se estableció el trámite de levantamiento de veda de especies de flora silvestre, en el cual se indicaron las definiciones y las etapas internas de apertura de los expedientes, evaluación y comunicación al usuario.

En este punto se debe distinguir cuando una especie de flora silvestre se encuentra vedada, a qué nivel y a qué autoridad le corresponden el trámite y la decisión:

a) A nivel nacional, la persona natural o jurídica interesada debe adelantar el trámite de levantamiento parcial de veda ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

b) A nivel regional, el trámite debe surtirse ante la Corporación Autónoma Regional, la de Desarrollo Sostenible, la Unidad Ambiental de los Grandes Centros Urbanos existente en los municipios, distritos o áreas metropolitanas con una población urbana superior a un millón (1.000.000) de habitantes, conforme al artículo 66 de la Ley 99 de 1993, o el establecimiento público creado en los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 768 de 2002, correspondiente que haya establecido la veda, y deberá seguir las etapas de evaluación, decisión y control y seguimiento de las obligaciones contempladas, incluidas las medidas de manejo, en el acto administrativo de levantamiento parcial de veda de las especies de flora silvestre.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la resolución de levantamiento parcial de veda de las especies de flora silvestre, acarrea la imposición de sanciones ambientales, de conformidad con la Ley 1333 de 2009 que establece el procedimiento sancionatorio ambiental.

La consulta concluye de lo expuesto que

> *"… el levantamiento parcial de veda de las especies de flora silvestre es un instrumento administrativo de manejo y control ambiental, toda vez que el procedimiento está revestido de una etapa de evaluación y seguimiento de las obligaciones impuestas en el acto administrativo de levantamiento, incluidas las medidas de manejo estipuladas para contribuir a la conservación de las poblaciones y el acervo*

ii) Las Resoluciones Nos. 1132 y 1408 de 1975 modificaron la anterior, en el sentido de levantar la veda para el aprovechamiento, respectivamente, del pino colombiano en un municipio de Nariño y del roble en cuatro municipios de Cundinamarca, mediante *"los permisos y autorizaciones de aprovechamiento forestal"* (art. 6º de la 1132, subraya la Sala) expedidos por el Inderena por un plazo determinado.
iii) Las Resoluciones Nos. 316 de 1974 y 1408 de 1975 fueron modificadas por la Resolución No. 96 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la cual estableció en todo el territorio nacional y por tiempo indefinido, la veda para el aprovechamiento forestal de la especie roble (art. 1º) y dispuso que se excluían de la veda, *"aquellos individuos de la especie roble que se encuentren caídos o muertos por causas naturales, o que por razones de orden sanitario requieran ser talados, de conformidad con el artículo 55 del Decreto 1791 de 1996"*, lo cual debe ser verificado y certificado por la autoridad competente *"para efectos de otorgar los permisos correspondientes"* (art. 2º) (Subraya la Sala).
iv) La Resolución No. 213 de 1977 declara *"plantas y productos protegidos"* a todas las especies conocidas en el territorio nacional con los nombres de musgos, líquenes, lamas, quiches, chites, parásitas, orquídeas, entre otras (art. 1º), y establece veda en todo el territorio nacional para el aprovechamiento, transporte y comercialización de tales plantas y productos silvestres (art. 2º).
v) La Resolución No. 801 de 1977 declara *"planta protegida"* al helecho arborecente (art. 1º) y establece veda permanente en todo el territorio nacional para el aprovechamiento, comercialización y movilización de dicha planta y sus productos (art. 2º).

*genético de las especies de flora silvestre en veda, y así mismo, evitar los factores de deterioro ambiental sobre dichas especies, en concordancia, con el numeral 14, artículo 5 de la Ley 99 de 1993".*

## 3. Marco jurídico. Sustracción de reservas forestales nacionales y regionales

El Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, el Decreto Ley 2811 de 1974, en sus artículos 206 y 207, define el concepto de *"área de reserva forestal"* y establece su destinación, cuando señala que se denomina *"área de reserva forestal"* la zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras–protectoras, y enfatiza que solo podrá destinarse al aprovechamiento racional permanente de los bosques que en ella existan o se establezcan y que en todo caso se debe garantizar la recuperación y supervivencia de los bosques.

La consulta cita el artículo 210 del mencionado Código referente a la sustracción de zonas o predios de las áreas de reserva forestal. Dispone esta norma:

***"Artículo 210.*** *Si en área de reserva forestal, por razones de utilidad pública o interés social, es necesario realizar actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques, la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva.*

*También se podrán sustraer de la reserva forestal los predios cuyos propietarios demuestren que sus suelos pueden ser utilizados en explotación diferente de la forestal, siempre que no se perjudique la función protectora de la reserva".*

Muchos años después, la Ley 1450 de 2011, que adoptó el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, contempló disposiciones relacionadas con las áreas de reserva forestal y específicamente, entre otras actuaciones administrativas, con la sustracción de estas. La consulta cita entonces, los siguientes apartes del artículo 204 de esta ley:

***"Artículo 204. Áreas de reserva forestal.*** *Las áreas de reserva forestal podrán ser protectoras o productoras. Las áreas de reserva forestal protectoras nacionales son áreas protegidas y hacen parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Las autoridades ambientales, en el marco de sus competencias, y con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, podrán declarar, reservar, alinderar, realinderar, sustraer, integrar o recategorizar las áreas de reserva forestal. En los casos en que proceda la sustracción de las áreas de reserva forestal, sea ésta temporal o definitiva, la autoridad ambiental competente impondrá al interesado en la sustracción, las medidas de compensación, restauración y recuperación a que haya lugar, sin perjuicio de las que sean impuestas en virtud del desarrollo de la actividad que se pretenda desarrollar en*

*el área sustraída. Para el caso de sustracción temporal, las compensaciones se establecerán de acuerdo con el área afectada.*

*(…)*

***Parágrafo 3º.*** *Las áreas de reserva forestal establecidas por el artículo 1 de la Ley 2 de 1959 y las demás áreas de reserva forestal nacionales, únicamente podrán ser objeto de realinderación, sustracción, zonificación, ordenamiento, recategorización, incorporación, integración y definición del régimen de uso, por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial o la entidad que haga sus veces con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales y con la colaboración del Ministerio respectivo según el área de interés de que se trate".*

La consulta indica que el numeral 18 del artículo 5º de la Ley 99 de 1993 asignó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la función de reservar, alinderar y sustraer las áreas de las reservas forestales nacionales y reglamentar su uso y funcionamiento, y que respecto de esta facultad se pronunció la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-649 de 1997, en el siguiente párrafo, que cita:

*"Con respecto a otros bienes a los cuales el legislador le pueda atribuir, según el art. 63, las mencionadas restricciones, hay que entender que si él tiene la voluntad para crearlas, igualmente tiene la potestad para eliminarlas, según lo demanden los intereses públicos o sociales.* ***De este modo, las zonas de reservas forestales, que no formen parte del Sistema de Parques Naturales, sí pueden ser objeto de sustracción por el Ministerio del Medio Ambiente"*** *(Las negrillas son de la consulta).*

Agrega que esta facultad se encuentra establecida dentro de las competencias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en el numeral 14 del artículo 2º del Decreto Ley 3570 de 2011, sobre objetivos y estructura del Ministerio, en estos términos:

***"Artículo 2º. Funciones.*** *Además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 y en las demás leyes, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible cumplirá las siguientes funciones:*

*(…)*

*14. Reservar y alinderar las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales; declarar, reservar, alinderar, realinderar, sustraer, integrar o recategorizar las áreas de reserva forestal nacionales, reglamentar su uso y funcionamiento; y declarar y sustraer Distritos Nacionales de Manejo Integrado. Las corporaciones autónomas regionales en desarrollo de su competencia de administrar las reservas forestales nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, realizarán los estudios técnicos, ambientales y socioeconómicos para los fines previstos en el presente numeral con base en los lineamientos establecidos por este Ministerio".*

*(…)".*

En apoyo del ejercicio de esta facultad, el artículo 16 del mismo decreto ley determinó, dentro de las funciones de la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos, en relación con la sustracción de áreas de reserva forestal, la de:

> *"3. Rendir concepto técnico al Ministro para declarar, reservar, alinderar, realinderar, sustraer, integrar o recategorizar las áreas de reserva forestal nacionales y declarar y sustraer Distritos Nacionales de Manejo Integrado".*

Con base en las mencionadas facultades del artículo 210 del Decreto Ley 2811 de 1974, Código de los Recursos Naturales Renovables, el numeral 14 del artículo 2º del Decreto Ley 3570 de 2011 y el artículo 204 de la Ley 1450 de 2011, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible dictó la Resolución No. 1526 del 3 de septiembre de 2012, *"Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social, se establecen las actividades sometidas a sustracción temporal y se adoptan otras determinaciones".*

La consulta cita el artículo 10 completo de la Resolución 1526 de 2012, el cual establece las medidas de compensación, restauración y recuperación que la autoridad ambiental competente debe imponer en razón a la decisión de sustracción de una área forestal nacional, precisando que son independientes de las medidas que fije la misma autoridad en virtud del desarrollo de la actividad que se pretenda adelantar en el área sustraída, esto es, las medidas tendientes a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos que se puedan ocasionar durante la ejecución del proyecto objeto de licencia ambiental o del instrumento administrativo respectivo.

Señala la consulta que en consecuencia, en el acto administrativo de decisión (de la sustracción) se debe precisar:

1. Las medidas de compensación impuestas en razón de la sustracción, definitiva o temporal, de las áreas de reserva forestal nacional.

2. Las medidas adicionales, *"que se determinan del resultado de la evaluación, tales como: medidas de manejo para la recuperación y control de las áreas con procesos de remoción en masa y deslizamientos de tierra el cual deberá ser implementado en las áreas sustraídas, para el componente fauna y flora de acuerdo con las particularidades tanto endémicas como de especies amenazadas".*

Añade que una vez queda ejecutoriado el acto administrativo que dispone la sustracción de una área de reserva forestal, el Ministerio, con base en la citada Resolución y la función otorgada por el numeral 14 del artículo 5º de la Ley 99 de 1993, realiza el seguimiento tanto a las medidas de compensación impuestas por la sustracción como a las obligaciones adicionales establecidas en dicho acto.

## 4. La norma de cobro de los servicios de evaluación y de seguimiento de la licencia ambiental y demás instrumentos de control y manejo ambiental

Por último, la consulta cita parcialmente el artículo 96 de la Ley 633 del 29 de diciembre de 2000, *"Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial"*, el cual conviene tener presente en su integridad:

> ***"Artículo 96. Tarifa de las licencias ambientales y otros instrumentos de control y manejo ambiental****. Modifícase el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, el cual quedará así:*
>
> ***'Artículo 28****. Las autoridades ambientales cobrarán los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento de la licencia ambiental, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos.*
>
> *Los costos por concepto de cobro de los citados servicios que sean cobrados por el Ministerio del Medio Ambiente entrarán a una subcuenta especial del Fonam y serán utilizados para sufragar los costos de evaluación y seguimiento en que deba incurrir el Ministerio para la prestación de estos servicios.*
>
> *De conformidad con el artículo 338 de la Constitución Nacional para la fijación de las tarifas que se autorizan en este artículo, el Ministerio del Medio Ambiente y las autoridades ambientales aplicarán el sistema que se describe a continuación. La tarifa incluirá:*
>
> *a) El valor total de los honorarios de los profesionales requeridos para la realización de la tarea propuesta;*
>
> *b) El valor total de los viáticos y gastos de viaje de los profesionales que se ocasionen para el estudio, la expedición, el seguimiento y/o el monitoreo de la licencia ambiental, permisos, concesiones o autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos;*
>
> *c) El valor total de los análisis de laboratorio u otros estudios y diseños técnicos que sean requeridos tanto para la evaluación como para el seguimiento.*
>
> *Las autoridades ambientales aplicarán el siguiente método de cálculo: Para el literal a) se estimará el número de profesionales/mes o contratistas/mes y se aplicarán las categorías y tarifas de sueldos de contratos del Ministerio del Transporte y para el caso de contratistas Internacionales, las escalas tarifarias para contratos de consultoría del Banco Mundial o del PNUD; para el literal b) sobre un estimativo de visitas a la zona del proyecto se calculará el monto de los gastos de viaje necesarios, valorados de acuerdo con las tarifas del transporte público y la escala de viáticos del Ministerio del Medio*

*Ambiente; para el literal c) el costo de los análisis de laboratorio u otros trabajos técnicos será incorporado en cada caso, de acuerdo con las cotizaciones específicas. A la sumatoria de estos tres costos a), b), y c) se le aplicará un porcentaje que anualmente fijará el Ministerio del Medio Ambiente por gastos de administración.*

*Las tarifas que se cobran por concepto de la prestación de los servicios de evaluación y de los servicios de seguimiento ambiental, según sea el caso, no podrán exceder los siguientes topes:*

*1. Aquellos que tengan un valor de dos mil ciento quince (2.115) salarios mínimos mensuales vigentes tendrán una tarifa máxima del cero punto seis por ciento (0.6%).*

*2. Aquellos que tengan un valor superior a los dos mil ciento quince (2.115) salarios mínimos mensuales vigentes e inferior a los ocho mil cuatrocientos cincuenta y ocho (8.458) salarios mínimos mensuales vigentes tendrán una tarifa máxima del cero punto cinco por ciento (0.5%).*

*3. Aquellos que tengan un valor superior a los ocho mil cuatrocientos cincuenta y ocho (8.458) salarios mínimos mensuales vigentes, tendrán una tarifa máxima del cero punto cuatro por ciento (0.4%).*

*Las autoridades ambientales prestarán los servicios ambientales de evaluación y seguimiento a que hace referencia el presente artículo a través de sus funcionarios o contratistas.*

*Los ingresos por concepto de los permisos de importación y exportación de especies de fauna y flora silvestres no Cites, los establecidos en la Convención Internacional sobre Comercio de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres Cites, los de fabricación y distribución de sistemas de marcaje de especies de la biodiversidad y los ingresos percibidos por concepto de ecoturismo ingresarán al Fondo Nacional Ambiental, Fonam'".*

Como se observa, esta norma faculta a las autoridades ambientales para cobrar los servicios de evaluación y los de seguimiento de la licencia ambiental, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en leyes y reglamentos.

Con base en lo expuesto, el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible formula la siguiente

## Pregunta:

*"En el marco del artículo 96 de la Ley 633 de 2000 que establece que* 'Las autoridades ambientales cobrarán los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento de la licencia ambiental, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos', *¿es posible realizar el cobro*

*de los trámites de levantamiento de veda y de sustracción de las áreas de reserva forestal nacional o regional?*

## II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al interrogante formulado por el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Sala abordará los temas en el siguiente orden: i) Observación preliminar; ii) El artículo 96 de la Ley 633 de 2000 se refiere al cobro de los servicios de evaluación y de seguimiento de los instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos; iii) El levantamiento de veda de especies de flora silvestre; iv) La sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional; y v) Cobro de los servicios de evaluación y seguimiento de las autorizaciones de levantamiento de vedas de flora silvestre y de sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional, por parte de las autoridades ambientales.

### A. Observación preliminar

La Sala ha sostenido en diversas oportunidades,[435] que si el tema objeto de la consulta se encuentra a la consideración y decisión de una autoridad judicial, mediante un procedimiento que ha de culminar con una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, la Sala debe inhibirse.

Mediante el Concepto No. 1645 del 19 de mayo de 2005, la Sala sostuvo:

> *"La Sala de Consulta y Servicio Civil ha mantenido un criterio constante de no conceptuar en aquellos casos en los cuales <u>el tema objeto de la consulta</u> se encuentra al mismo tiempo bajo el conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa.*
>
> *Esta Sala ha sostenido que no es procedente pronunciarse en asuntos que versen <u>sobre la misma materia o una sustancialmente conexa</u>, a aquellos que están sometidos a una decisión jurisdiccional, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada.*
>
> *La misión de la Sala de servir de órgano consultivo del Gobierno debe ejercerse en armonía y coordinación con las funciones asignadas a los Tribunales y al Consejo de Estado, y debe contribuir al fortalecimiento de la jurisdicción y a preservar la unidad jurisprudencial de la Corporación"* (Subraya ahora la Sala).

En aras de la claridad frente a la presente consulta, es necesario indicar que en la actualidad, se adelanta un proceso contencioso administrativo que ciertamente no se refiere al mismo tema o a uno sustancialmente conexo con la consulta, razón por la cual resulta viable absolverla.

---

435 Por ejemplo, en los Conceptos Nos. 895 del 17 de octubre de 1996, 1601 del 7 de octubre de 2004, 1594 del 9 de diciembre de 2004, 1645 del 19 de mayo de 2005, 1699 del 1º de diciembre de 2005, 1714 del 15 de febrero de 2006, 1991 del 11 de marzo de 2010, 2006 del 10 de junio de 2010 y 2047 del 16 de febrero de 2011.

En efecto, cursa en la Sección Primera del Consejo de Estado el proceso radicado con el No. 110001032400020160045600, referente al medio de control de nulidad contra la Resolución No. 1280 del 7 de julio de 2010 expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *"Por la cual se establece la escala tarifaria para el cobro de los servicios de evaluación y seguimiento de las licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de manejo y control ambiental para proyectos cuyo valor sea inferior a 2.115 smmv y se adopta la tabla única para la aplicación de los criterios definidos en el sistema y método definido en el artículo 96 de la Ley 633 para la liquidación de la tarifa",* pero el objeto de *la litis* se refiere, según la demanda, a que el citado artículo no estableció el cobro de los mencionados servicios para proyectos de valor inferior a 2.115 salarios mínimos mensuales vigentes sino de valor igual o superior a esa cifra, y no se relaciona, por tanto, con los instrumentos de control y manejo ambiental que es el tema de la consulta, y en consecuencia, la Sala procede a resolverla.

### B El artículo 96 de la Ley 633 de 2000 se refiere al cobro de los servicios de evaluación y seguimiento de los instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos

El artículo 96 de la Ley 633 del 29 de diciembre de 2000, *"Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial"*, modificó el artículo 28 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, *"Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones",* y establece en su parte inicial, que es la pertinente a la consulta, lo siguiente:

> ***"Artículo 96. Tarifa de las licencias ambientales y otros instrumentos de control y manejo ambiental.*** *Modifícase el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, el cual quedará así:*
>
> ***"Artículo 28.*** *Las autoridades ambientales <u>cobrarán los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento</u> de la licencia ambiental, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos.*
>
> *Los costos por concepto de cobro de los citados servicios que sean cobrados por el Ministerio del Medio Ambiente*[436] *entrarán a una subcuenta especial del Fonam y serán utilizados para sufragar los costos de evaluación y seguimiento en que deba incurrir el Ministerio para la prestación de estos servicios.*
>
> *De conformidad con el artículo 338 de la Constitución Nacional para la fijación de <u>las tarifas que se autorizan</u> en este artículo, el Ministerio del Medio Ambiente y las autoridades ambientales aplicarán el sistema que se describe a continuación. La tarifa incluirá:*
>
> *(…)"* (Subraya la Sala).

436 Hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 1444 de 2011.

Como se aprecia, esta norma, al utilizar las expresiones *"cobrarán los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento"* y *"las tarifas que se autorizan",* establece el derecho y el deber para las autoridades ambientales de cobrar dichos servicios de las licencias ambientales, los permisos, las concesiones, las autorizaciones *"y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos"*.

Anteriormente, el artículo 28 original de la Ley 344 de 1996 establecía que el cobro de tales servicios era facultativo para las autoridades ambientales, ya que utilizaba la expresión *"podrán cobrar"*. Este artículo disponía lo siguiente:

> ***"Artículo 28.*** *Las autoridades ambientales podrán cobrar el servicio de evaluación y seguimiento de la licencia ambiental y demás permisos, concesiones y autorizaciones establecidas en la Ley y normas reglamentarias. Los costos por concepto del cobro del servicio de la evaluación de los estudios de impacto ambiental, de los diagnósticos ambientales de alternativas, del seguimiento de los proyectos y demás relacionados con la licencia ambiental, cobrados por el Ministerio del Medio Ambiente, entrarán en una subcuenta especial del FONAM. Los recursos por este concepto se utilizarán para sufragar los costos de evaluación y seguimiento.*
>
> *De conformidad con el artículo 338 de la Constitución Nacional, para la fijación de las tarifas que se autorizan en este artículo, el Ministerio del Medio Ambiente y las autoridades ambientales aplicarán el sistema que se describe a continuación: La tarifa incluirá: (…)*
>
> *(…)"* (Subraya la Sala).

Por lo tanto, resulta necesaria una interpretación de la norma para determinar si de acuerdo con el artículo 96 de la Ley 633 de 2000, esto es, si dentro de los mencionados instrumentos de control y manejo ambiental, se encuentran el levantamiento de vedas de flora silvestre y la sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional, y por ende, si el Ministerio y las demás autoridades ambientales deben cobrar la prestación de dichos servicios, para sufragar los costos de los mismos.

Interesa por tanto determinar si el levantamiento de veda de flora silvestre y la sustracción de áreas de reserva forestal constituyen instrumentos de control y manejo ambiental, como son los actos administrativos mencionados por la norma: las licencias ambientales, los permisos, las concesiones y las autorizaciones. Se debe observar que si consisten en permisos o autorizaciones, son de por sí instrumentos de control y manejo ambiental que generan el deber de cobro de los aludidos servicios.

En relación con la palabra *"instrumento"*, es pertinente indicar que de acuerdo con el sentido de la definición dada por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española[437], se debe entender que aquí se refiere a la potestad del Ministerio o de cualquier

437 La segunda acepción del significado de la palabra *"instrumento"*, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es: "*2. m. Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin*. La literatura es un instrumento para cambiar el mundo".

otra autoridad ambiental *"para hacer algo o conseguir un fin"*, en este caso, el control y el manejo ambiental.

La Ley 99 de 1993, *"Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental –SINA– y se dictan otras disposiciones"*, dispuso en el artículo 2º la creación del Ministerio, con los objetivos de ser el:

> *"organismo rector de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de impulsar una relación de respeto y armonía del hombre con la naturaleza y de definir, en los términos de la presente ley, las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente de la Nación a fin de asegurar el desarrollo sostenible".*

Adicionalmente, el Decreto Ley 3570 de 2011, *"Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se integra el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible"*, establece en el artículo 1° de manera similar, pero más actualizada, los objetivos del Ministerio en la siguiente forma:

> ***"Artículo 1°. Objetivos del Ministerio.*** *El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, sin perjuicio de las funciones asignadas a otros sectores.*
>
> *(…)".*

Como se advierte, estas normas indican que el Ministerio define las regulaciones de las acciones de recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, con el fin de asegurar su desarrollo sostenible. Dentro de estas acciones se encuentran los instrumentos para realizarlas, los cuales precisamente puede establecer el Ministerio conforme a la función que le confiere el numeral 14 del artículo 5º de la misma ley 99, en los siguientes términos:

> *"14. Definir y regular los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental y determinar los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas;".*

En consecuencia, se observa que el Ministerio define y regula los instrumentos administrativos de prevención y control para evitar el deterioro ambiental y determina los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas, de

conformidad con las normas legales y reglamentarias sobre la preservación de los recursos naturales renovables y el ambiente.

Tales instrumentos consisten fundamentalmente en las actuaciones que debe realizar la autoridad ambiental, o más precisamente, como lo señala la norma del artículo 96 de la Ley 633 de 2000, para otorgar las licencias ambientales, los permisos, las concesiones, las autorizaciones y otros actos administrativos expedidos para el control y manejo ambiental por las autoridades ambientales[438]. Estas autoridades corresponden al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, la Unidad Ambiental de los Grandes Centros Urbanos existente en los municipios, distritos o áreas metropolitanas con una población urbana superior a un millón (1.000.000) de habitantes, según el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, o el establecimiento público creado en los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 768 de 2002.

En relación con la consulta, se advierte que se presentan los instrumentos administrativos de *"las autorizaciones"*, en los casos de levantamiento de vedas de flora silvestre y de sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional, los cuales se encuentran *"establecidos en la ley y los reglamentos"*, conforme lo exige el citado artículo 96 de la Ley 633 de 2000. Por lo tanto, estas autorizaciones se expedirán dentro del supuesto de hecho de esta norma y deberán ser aplicadas en estos dos eventos, respecto del cobro de los servicios de evaluación y seguimiento de tales autorizaciones por los costos que representan dichos servicios para las autoridades ambientales.

En efecto, una de las principales atribuciones que les han sido asignadas a las autoridades ambientales, de acuerdo con la Constitución y la ley, se encuentra relacionada con el ejercicio de funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental para el uso de los recursos naturales en obras, proyectos o actividades que generen o puedan generar

438 Los expertos Manuel Rodríguez Becerra y Guillermo Espinoza se refieren a la diversidad de instrumentos de gestión ambiental y los clasifican en cuatro grandes categorias, la segunda de las cuales corresponde a los instrumentos administrativos, que ellos explican de la siguiente forma:
*"2. Los instrumentos administrativos consistentes en el otorgamiento de licencias, permisos y demás modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales previstos en las diferentes legislaciones. La licencia ambiental ha sido el instrumento predominante dentro de esta categoría.*
*(…)*
*Instrumentos administrativos y de planificación*
*Dentro de los mecanismos administrativos de intervención y planificación del aprovechamiento de los recursos naturales, sobresalen las licencias ambientales, los permisos y demás modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales (…), así como las acciones de seguimiento y fiscalización de las obligaciones ambientales exigidas en estos actos administrativos y en los planes ambientales. El hecho de que se denominen de planificación a los instrumentos de esta categoría hace alusión a su propósito central de prever y mitigar los impactos ambientales a que dé lugar la actividad objeto de la licencia o permiso.*
*Sin duda las licencias ambientales, y los estudios de impacto ambiental que conducen a ellas, han sido los instrumentos administrativos y de planificación que más han ocupado la atención y las energías de las autoridades ambientales de la región en los últimos años. (…).*
*Las licencias ambientales y las EIA*
*La licencia ambiental es el acto administrativo mediante el cual la autoridad ambiental autoriza la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad susceptible de causar graves daños ambientales o modificaciones considerables al paisaje. La licencia, generalmente en todos los países contiene las obligaciones a que queda sujeto su titular para prevenir, mitigar, corregir y manejar los efectos ambientales que se generen con la obra o actividad autorizada.*
*Previo al otorgamiento de una licencia ambiental, el interesado debe presentar una evaluación de impacto ambiental (EIA), en la cual proporciona a la autoridad administrativa, la información que ésta le solicite sobre los aspectos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales, etc., que puedan resultar deteriorados por la obra o actividad que se va ejecutar, y la evaluación de los impactos ambientales que eventualmente se produzcan. El estudio debe presentar adicionalmente el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad.*
*(…)".*
(Gestión ambiental en América Latina y el Caribe. Evolución, tendencias y principales prácticas. Manuel Rodríguez Becerra y Guillermo Espinoza. Editor David Wilk. Banco Interamericano de Desarrollo. Diciembre de 2002. Págs. 176 y 181).

un deterioro al ambiente, a sus recursos naturales, o introducir modificaciones considerables al paisaje. En los términos de la Ley 99 de 1993, esta función comprende y se cumple con la expedición de licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y salvoconductos.

Corresponde a actuaciones típicamente administrativas, en las cuales se hace necesario un acto administrativo previo de habilitación, o de autorización previa, labor que en la mayoría de los casos se cumple en varios momentos o etapas, iniciando por la fase de evaluación, en la cual se determina si es legalmente procedente su otorgamiento; continúa con la etapa de seguimiento, referida a la verificación del cumplimiento de la normatividad ambiental, de las obligaciones y requisitos impuestos en el correspondiente acto administrativo emanado de la autoridad ambiental competente; y prosigue con la etapa de control, que implica en esencia, el ejercicio de la potestad sancionatoria en esta materia[439].

Se trata entonces, de decisiones administrativas de habilitación, expedidas por la autoridad competente, que representan la forma o modo de adquirir el derecho a utilizar los recursos naturales, las cuales están sujetas al cumplimiento de los requisitos fijados en la ley o en los reglamentos. Estos requisitos esencialmente están encaminados a prevenir, mitigar, corregir, compensar y recuperar los efectos ambientales generados con la ejecución de una obra o actividad autorizada.

En síntesis, los instrumentos administrativos consistentes en autorizaciones de levantamiento de veda de flora silvestre y de sustracción de áreas de reserva forestal, generan el derecho y el deber para las autoridades ambientales de cobrar el valor de los servicios de evaluación y de seguimiento de tales actividades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley 633 de 2000.

### C. El levantamiento de veda de especies de flora silvestre

El levantamiento de veda comporta en sí mismo un permiso[440] o una autorización, que se otorga para aprovechar, comercializar, incluso para movilizar especies de flora silvestres, sobre las que se han establecido unas especiales restricciones, por ser consideradas especies amenazadas, con el fin de evitar su desaparición, bajo criterios biológicos, genéticos, estéticos, socioeconómicos y culturales que deben perdurar (artículo 196 Decreto Ley 2811 de 1974).

Las vedas constituyen prohibiciones de uso, aprovechamiento, comercialización y/o movilización de especies de flora y fauna silvestres, que se encuentran en diversas reglamentaciones del antiguo Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y

439 La Ley 1333 del 21 de julio de 2009 establece el procedimiento sancionatorio ambiental.

440 Cabe anotar que para la declaratoria de veda el artículo 2.2.1.2.7.15 del Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible"*, dispone: "***De la protección.*** *Una vez declarada veda o prohibición sobre especies o especímenes de la fauna silvestre, las autoridades ambientales regionales deberán efectuar un análisis de los permisos y licencias ambientales otorgados para el aprovechamiento de dicha especie, con el objeto de adoptar las medidas para su protección, la cual puede involucrar la revocatoria del instrumento administrativo correspondiente conforme al principio de precaución (Decreto 4688 de 2005, art. 15)"* (Subraya la Sala).
El principio de precaución consiste en que *"cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente"*, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 1º de la Ley 99 de 1993.

del Medio Ambiente –Inderena[441] y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Este se encuentra facultado para dictar reglamentaciones sobre tal asunto, con fundamento en el numeral 23 del artículo 5º de la Ley 99 de 1993, que establece como función suya la siguiente:

> *"23. Adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de las especies de flora y fauna silvestres; tomar las previsiones que sean del caso para defender especies en extinción o en peligro de serlo; y expedir los certificados a que se refiere la Convención Internacional de Comercio de Especies de Fauna y Flora Silvestre Amenazadas de Extinción –CITES-;".*

Precisamente en ejercicio de esa facultad, entre otras, el Ministerio dictó la Resolución No. 1263 del 30 de junio de 2006, *"Por la cual se establece el procedimiento y se fija el valor para expedir los permisos a que se refiere la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres –CITES-, y se dictan otras disposiciones"* y la Resolución No. 1912 del 15 de septiembre de 2017, *"Por la cual se establece el listado de las especies silvestres amenazadas de la diversidad biológica colombiana continental y marino-costera que se encuentran en el territorio nacional, y se dictan otras disposiciones"*, la cual se refiere a especies tanto de flora como de fauna silvestre.

Ahora bien, el levantamiento de veda consiste en un instrumento administrativo de control y manejo ambiental, representado en un permiso o una autorización otorgado mediante un acto administrativo por la autoridad ambiental competente para el uso y aprovechamiento de algunas especies de flora o fauna silvestres, pero con una estipulación exigente de obligaciones a cargo del interesado, que garanticen, de todos modos, la conservación y la protección de dichas especies.

Tales instrumentos, permiso o autorización, de levantamiento de veda, ya sea de especies de flora o de fauna silvestres, se encuentran contemplados en norma con fuerza de ley, vale decir, en el numeral 15 del artículo 16 del Decreto Ley 3570 de 2011, referente a los objetivos y a la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la integración del correspondiente sector público, como una función de la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del Ministerio. Esta norma dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 16. Funciones de la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos.*** *Son funciones de la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos:*
>
> *(…)*

441 Como por ejemplo, las Resoluciones del Inderena No. 316 de 1974, que establece vedas para algunas especies forestales maderables, como el pino colombiano, el nogal, el hojarasco, el roble, etc., No. 213 de 1977, que establece vedas para algunas especies y productos de la flora silvestre, como los musgos, líquenes, lamas, quiches, orquídeas, etc., y No. 801 de 1977 que declara planta protegida al helecho arborecente y establece su veda permanente en todo el territorio nacional para el aprovechamiento, comercialización y movilización. Cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 6º de la Resolución No. 1912 de 2017 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, que contiene el listado de las especies de flora y fauna silvestres amenazadas, esta no deroga ni sustituye las vedas y prohibiciones establecidas por el Inderena.

*15. Levantar total o parcialmente las vedas de especies de flora y fauna silvestres.*

*(…).* (Subraya la Sala).

Los instrumentos referidos, permiso o autorización, representan un mecanismo de control ambiental que está orientado a contribuir en su conservación, protección, ordenamiento, manejo, control, uso y aprovechamiento de estos recursos naturales.

Respecto al trámite para el levantamiento de vedas de especies de flora silvestre no existe una resolución específica, expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que reglamente un procedimiento, lo cual exige la necesaria aplicación del procedimiento administrativo general previsto en el Capítulo I, Título III de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011–, hasta tanto se expida la correspondiente regulación.

En la práctica este tipo de actuaciones empieza con la presentación de la solicitud por parte del interesado; luego la autoridad ambiental expide un Auto de inicio de evaluación administrativa ambiental de la información presentada en los componentes de: i) Caracterización biótica, ii) Metodología de inventarios, muestreos y resultados, iii) Soportes cartográficos, para posteriormente emitir concepto técnico en el que se determina si es viable o no autorizar el levantamiento de veda. En caso de ser procedente, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible mediante Resolución la autorizará y establecerá las medidas de manejo correspondientes, relacionadas con el rescate, traslado y reubicación de las diferentes especies; las medidas de manejo por la afectación, entre ellas, la reposición de especies, y se define el porcentaje mínimo de especies de flora silvestre que no se puede afectar. Además, fijará las obligaciones de presentar: los informes semestrales de monitoreo y seguimiento de las actividades aprobadas, el informe final de las actividades de seguimiento y monitoreo con los indicadores apropiados para valorar la efectividad de la medida, el cronograma de actividades y, por último, el informe de cualquier modificación al proyecto.

Frente a lo anterior, la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible realiza actividades de evaluación que comprenden el seguimiento, control y monitoreo ambiental; igualmente, verifica el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el respectivo acto de levantamiento de veda, a través de Autos de seguimiento y control ambiental.

Como se observa, en estas actuaciones administrativas, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible adelanta una evaluación, a partir de la cual establece si se debe o no otorgar el correspondiente permiso o autorización, para levantar total o parcialmente las vedas de algunas especies de flora silvestre. En todo caso, se impone el cumplimiento de especiales obligaciones, como antes se indicó, las que son objeto de seguimiento y control ambiental, cuyo incumplimiento da lugar al inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio de carácter ambiental, de acuerdo con la Ley 1333 de 2009.

Finalmente en este punto, la Sala se permite sugerir, respetuosamente, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, impulsar la expedición de la regulación referente al levantamiento de veda de especies de flora silvestre y forestales maderables y no maderables.

### D. La sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional

Existe otro instrumento administrativo de control y manejo ambiental establecido por norma con rango de ley, que consiste en la autorización de sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional, el cual se encuentra contemplado en las normas legales que se refieren a esta actividad o a la facultad de *"sustraer"* tales áreas por las autoridades ambientales, como son el artículo 210 del Decreto Ley 2811 de 1974, el artículo 5º numeral 18 de la Ley 99 de 1993, el artículo 2º numeral 14 del Decreto Ley 3570 de 2011 y el artículo 204 de la Ley 1450 de 2011, cuya vigencia continúa por lo dispuesto por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015.

En efecto, el artículo 210 del Decreto Ley 2811 de 1974, Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, dispone:

> ***"Artículo 210.*** *Si en área de reserva forestal, por razones de utilidad pública o interés social, es necesario realizar actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques, la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva.*
>
> *También se podrán sustraer de la reserva forestal los predios cuyos propietarios demuestren que sus suelos pueden ser utilizados en explotación diferente de la forestal, siempre que no se perjudique la función protectora de la reserva"* (Subraya la Sala).

Adicionalmente, el numeral 18 del artículo 5º de la Ley 99 de 1993 le asignó al entonces Ministerio del Medio Ambiente, las funciones de *"reservar, alinderar y sustraer las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales y las reservas forestales nacionales, y reglamentar su uso y funcionamiento"*, pero hay que advertir que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-649 de 1997, declaró inexequible la expresión *"y sustraer"* en cuanto se entiende referida a las áreas que integran el Sistema Nacional de Parques Naturales y exequible en cuanto alude a las reservas forestales nacionales.

La sentencia de la Corte fue cumplida al fijar las funciones del Ministerio en el artículo 2º del Decreto Ley 3570 de 2011, el cual establece que tal facultad le compete a este en cuanto se refiere a *"las áreas de reserva forestal nacionales".*

En el mismo sentido, el artículo 204 de la Ley 1450 de 2011, *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014"*, dispone que las autoridades ambientales, en el marco de sus competencias y con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, podrán, entre otras medidas, sustraer las áreas de reserva forestal. Si se trata de áreas de reserva forestal na-

cionales únicamente podrán ser objeto de sustracción por parte del Ministerio, con base en los mencionados estudios y con la colaboración del Ministerio respectivo, según la finalidad prevista.[442]

En cualquier caso, ordena la norma, la autoridad ambiental competente impondrá al interesado en la sustracción, las medidas de compensación, restauración y recuperación a que haya lugar, sin perjuicio de las que sean impuestas en virtud del desarrollo de la actividad que se pretenda realizar en el área sustraída.

Esta última norma no fue derogada por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018"*, de manera que se encuentra vigente.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 210 del Decreto Ley 2811 de 1974, el numeral 14 del artículo 2º del Decreto Ley 3570 de 2011 y el artículo 204 de la Ley 1450 de 2011, expidió la Resolución No. 1526 del 3 de septiembre de 2012, mediante la cual estableció los requisitos y el procedimiento para autorizar o negar la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social.

Respecto de las reservas forestales nacionales la competencia para la sustracción está radicada en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y en relación con las reservas forestales regionales, la competencia corresponde a la respectiva autoridad ambiental regional (artículo 2º).

El trámite exige en su inicio, la presentación de la correspondiente solicitud de sustracción temporal o definitiva, acompañada de la información que la sustente (artículos 6º y 7º), continúa con el Auto de inicio de trámite con el que empieza formalmente la evaluación de la solicitud (artículo 9º), prosigue con la solicitud de información adicional, sigue con el requerimiento que hace el Ministerio o la autoridad regional de estudios, conceptos técnicos e informaciones que se requieran por ley de otras autoridades o entidades; y finaliza con la expedición del acto administrativo por el cual la autoridad competente se pronuncia sobre la viabilidad de la sustracción (artículo 9º). En este último caso, cuando se autorice la sustracción, se impondrán las medidas de compensación, restauración y recuperación (artículo 10).

---

442 El artículo 204 de la Ley 1450 de 2011 establece en la parte pertinente lo siguiente:
***"Artículo 204. Áreas de reserva forestal.*** *Las áreas de reserva forestal podrán ser protectoras o productoras. Las áreas de reserva forestal protectoras nacionales son áreas protegidas y hacen parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Las autoridades ambientales, en el marco de sus competencias, y con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, podrán declarar, reservar, alinderar, realinderar, sustraer, integrar o recategorizar las áreas de reserva forestal. En los casos en que proceda la sustracción de las áreas de reserva forestal, sea ésta temporal o definitiva, la autoridad ambiental competente impondrá al interesado en la sustracción, las medidas de compensación, restauración y recuperación a que haya lugar, sin perjuicio de las que sean impuestas en virtud del desarrollo de la actividad que se pretenda desarrollar en el área sustraída. Para el caso de sustracción temporal, las compensaciones se establecerán de acuerdo con el área afectada.*
*(…)*
***Parágrafo 3º.*** *Las áreas de reserva forestal establecidas por el artículo 1 de la Ley 2 de 1959 y las demás áreas de reserva forestal nacionales, únicamente podrán ser objeto de realinderación, sustracción, zonificación, ordenamiento, recategorización, incorporación, integración y definición del régimen de uso, por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial o la entidad que haga sus veces con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales y con la colaboración del Ministerio respectivo según el área de interés de que se trate".*

### E. Cobro de los servicios de evaluación y seguimiento de las autorizaciones de levantamiento de vedas de flora silvestre y sustracción de reservas forestales, por parte de las autoridades ambientales

Tomando en consideración el análisis anteriormente expuesto, se absuelve la consulta de si es posible realizar el cobro de los trámites de levantamiento de veda y sustracción de las áreas de reserva forestal nacional o regional.

Al respecto es preciso decir que el artículo 96 de la Ley 633 de 2000, que modificó el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, como se expuso, estableció que las autoridades ambientales cobrarían los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento de la licencia ambiental, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos, para lo cual se ocupó de determinar el sistema y el método aplicable para el cálculo de las tarifas, y el límite máximo a cobrar, según el valor del proyecto.

Si bien no existe propiamente una definición en la ley de *"evaluación, seguimiento y control ambiental"*, ello exige realizar una aproximación a estos conceptos jurídicos, que aunque indeterminados, son ampliamente utilizados por el derecho ambiental colombiano. En tal virtud, atendiendo justamente a la función que desempeñan estos conceptos en la práctica, pueden concebirse como especiales actividades a cargo de las autoridades ambientales a través de las cuales: i) se verifica el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley, paso previo al otorgamiento del permiso o autorización, mejor conocido como fase de evaluación; a partir de esta se podrá decidir sobre la procedencia o no de su otorgamiento; ii) verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental, que debe cumplir su titular para mitigar, corregir y compensar los impactos generados con la ejecución de un proyecto, obra o actividad –conocida como fase de seguimiento y control. Estas actividades siempre involucran la utilización de recursos humanos, técnicos, logísticos y económicos.

Realizada la aludida aproximación, se debe analizar si los trámites de levantamiento de vedas de especies de flora silvestre y sustracciones definitivas o temporales de reservas forestales nacionales o regionales, comportan permisos o autorizaciones, o si son en general, instrumentos de control y manejo ambiental, en los términos del texto de la norma. Así mismo, si implican la realización de actividades de evaluación, seguimiento y control que justifique el cobro de tasas por la prestación de este tipo de servicios en los términos del artículo 96 de la Ley 633 de 2000.

El ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en el artículo 5º de la Ley 99 de 1993, le atribuyó la competencia al Ministerio del Medio Ambiente –hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible–, para definir y regular los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental y determinar los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas (numeral 14). Esta función fue desarrollada por el artículo 2º del Decreto Ley 3570 de 2011, sobre estructura y funciones del Ministerio, al establecer su

facultad para diseñar y regular las políticas públicas y las condiciones generales para el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, con el fin de impedir, reprimir, eliminar o mitigar el impacto de actividades contaminantes, deteriorantes o destructivas del entorno o del patrimonio natural, en todos los sectores económicos y productivos (numeral 2º).

En este punto emerge un aspecto importante, y es que la veda[443] comporta una restricción o prohibición respecto al uso y aprovechamiento de determinadas especies de flora silvestre (y también de fauna silvestre) que se encuentran amenazadas y que así han sido definidas por el mismo Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, o por el extinto Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente –Inderena–, así como por las demás entidades administradoras de recursos renovables[444]; a la par que la reserva forestal es una zona de propiedad pública o privada reservada para ser destinada exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras protectoras, de acuerdo con los estudios técnicos y ambientales que realice el Ministerio de ese sector. Es importante aclarar que de conformidad con el artículo 203 de la Ley 1450 de 2011, solo pueden ser áreas forestales protectoras y productoras.

Lo anteriormente visto permite concluir que tanto la sustracción definitiva o temporal de un área de reserva forestal, como el levantamiento de vedas de especies de flora silvestre (y también de fauna silvestre), tienen un común denominador, y es que justamente comparten la categoría de ser autorizaciones y permisos[445] que emiten las autoridades ambientales, en virtud de las cuales se levantan las restricciones o prohibiciones existentes, y el interesado por virtud de esto, adquiere el derecho a usar los recursos naturales renovables de que trata el Decreto Ley 2811 de 1974, sus reglamentos y disposiciones que los sustituyan o modifiquen, en los precisos términos y para los efectos que el Ministerio señala en el correspondiente acto administrativo. Pero además, corresponden en general a instrumentos de control y manejo ambiental.

Por consiguiente, les resulta aplicable el artículo 96 de la Ley 633 de 2000, que modificó el artículo 28 de la Ley 344 de 1996 sobre el derecho y deber de cobrar los servicios de evaluación y seguimiento relacionados con estos actos administrativos.

Aquí surge de lo expuesto que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sí debe efectuar el cobro de los trámites que adelante en virtud de esos procedimientos, pues se trata de actuaciones en las que realiza evaluaciones, controles y seguimientos que implican costos, con miras a determinar sobre la viabilidad o no de emitir la correspondiente *"autorización o permiso"* o el correspondiente instrumento de control y

443 El artículo 2.2.1.2.3.7 del Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, dispone lo siguiente: *"**Vedas.** Con el fin de preservar y proteger la fauna silvestre la entidad administradora podrá imponer vedas temporales o periódicas o prohibiciones permanentes de caza. Cuando las necesidades de preservación o protección de la fauna silvestre a nivel nacional así lo requieran, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible promoverá la adopción por parte de las entidades regionales de prohibiciones o vedas y de mecanismos coordinados de control para garantizar el cumplimiento de la medida. (Decreto 1608 de 1978, art. 22)".*

444 Artículo 6º de la Resolución del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible No. 1912 del 15 de septiembre de 2017.

445 El artículo 2.2.1.2.7.15 del Decreto 1076 de 2015 prevé que una vez declarada veda o prohibición sobre especies o especímenes de la fauna silvestre, las autoridades ambientales regionales deberán efectuar un análisis de los permisos y licencias ambientales otorgados para el aprovechamiento de dicha especie, con el objeto de adoptar las medidas para su protección, la cual puede involucrar la revocatoria del instrumento administrativo correspondiente conforme al principio de precaución.

manejo ambiental. Por ello, cuando se otorga el mismo, debe verificar el cumplimiento de las obligaciones allí impuestas[446], en cuyo trámite, como no puede ser de otra forma, incurre también en gastos, que no deben ser cubiertos o asumidos por el Ministerio, sino por las personas que formulen las solicitudes del levantamiento de vedas y sustracción forestal en sus diversas modalidades, lo que es concordante con el numeral 13 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993, según el cual, las Corporaciones Autónomas Regionales pueden recaudar, conforme con la ley –en este caso el artículo 96 de la Ley 633 de 2000–, las contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas por concepto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y fijar su monto en el territorio de su jurisdicción.

Con tal propósito, el Ministerio previamente deberá, mediante Resolución, establecer los trámites para el cobro de estos servicios de evaluación y de seguimiento ambiental en las actuaciones de sustracción temporal o definitiva de reservas forestales nacionales y levantamiento de vedas, según el sistema y método fijado en el artículo 96 de la Ley 633 de 2000 que modificó el artículo 28 de la Ley 344 de 1996. Este procedimiento además, deberá determinar la tarifa. En este cálculo se deberá tener en cuenta, como se lo exige el mismo artículo 96, los honorarios profesionales de funcionarios o contratistas que participan en el procedimiento, el valor total de los gastos de viaje y viáticos, así como el valor total de los análisis y muestras de laboratorio.

En conclusión, los instrumentos de control y manejo ambiental consistentes en autorizaciones de levantamiento de vedas de especies de flora silvestre y forestales maderables y no maderables y de sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional, se encuentran establecidos en la ley y los reglamentos y generan los servicios de evaluación y de seguimiento, los cuales deben ser cobrados por las autoridades ambientales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley 633 de 2000.

## III. LA SALA RESPONDE

> *"En el marco del artículo 96 de la Ley 633 de 2000 que establece que* 'Las autoridades ambientales cobrarán los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento de la licencia ambiental, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos'*, ¿es posible realizar el cobro de los trámites de levantamiento de veda y de sustracción de las áreas de reserva forestal nacional o regional?*

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley 633 de 2000, las autoridades ambientales deben realizar el cobro de los servicios de evaluación y de seguimiento de las autorizaciones de levantamiento de vedas de especies de flora silvestre y forestales

446 El primer inciso del artículo 204 de la Ley 1450 de 2011, del Plan Nacional de Desarrollo 2010-14 y luego del 2014-18, prevé que *"(…) En los casos en que proceda la sustracción de las áreas de reserva forestal, sea esta temporal o definitiva, la autoridad ambiental competente impondrá al interesado en la sustracción, las medidas de compensación, restauración y recuperación a que haya lugar, sin perjuicio de las que sean impuestas en virtud del desarrollo de la actividad que se pretenda desarrollar en el área sustraída. Para el caso de sustracción temporal, las compensaciones se establecerán de acuerdo con el área afectada (…)".*

maderables y no maderables y de sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional, en los términos expuestos en este concepto.

Remítase al señor Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible 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 Gonzalez Lopez, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

# VIII. OTROS ASUNTOS

**1. Costas procesales. Colpensiones. Instituto de Seguros Sociales.**

**Radicado 2192**

Fecha: 01/04/2014
Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 2 de abril de 2018

El Ministerio del Trabajo pregunta a la Sala si corresponde al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en liquidación o a Colpensiones pagar las costas procesales que tienen como origen procesos judiciales de naturaleza pensional en los cuales fue vencido el referido Instituto.

## I. ANTECEDENTES

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

1. Al entrar en liquidación el Instituto de Seguros Sociales, surgieron posiciones divergentes frente a la entidad que tiene a su cargo el pago de las costas procesales originadas en procesos judiciales de naturaleza pensional que tuvo a su cargo el ISS.

2. Una primera postura considera que el pago de las costas judiciales está a cargo de Colpensiones en virtud de lo señalado por el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012[447], el cual estableció que corresponde a esta cumplir "las sentencias judiciales…relacionadas con la función de administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida". Igualmente entiende que estos pagos deben realizarse acudiendo a los gastos de administración señalados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[448].

3. Por el contrario, una segunda postura sostiene que el pago de las costas judiciales está a cargo del ISS en liquidación en su calidad de parte vencida dentro del proceso judicial. Además, las referidas costas no corresponden a "gastos que afecten a los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte ni están relacionados con la función de administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida". Igualmente de acuerdo con esta posición, el ISS en liquidación deberá pagar las costas con cargo a la masa de liquidación.

4. Con todo, ambas posturas están de acuerdo en que el pago de las costas no puede afectar los recursos que integran el Fondo de Prestaciones de Vejez, Invalidez y Muerte por estar estos sujetos a una destinación específica.

5. En las sentencias condenatorias contra el ISS en liquidación es posible identificar dos condenas. Una primera que impone la obligación de pagar la prestación de

447 "Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones".
448 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

vejez, invalidez o muerte al demandante y una segunda que ordena pagar a este las costas en que tuvo que incurrir como consecuencia del proceso.

6. En lo que respecta a la primera condena, debe tomarse en cuenta lo señalado por el inciso 4º del artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, texto que señala:

   *"…Las sentencias 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".*

7. Por su parte, en lo referente a la condena sobre las costas procesales, no debe olvidarse que los recursos que integran el Fondo de Prestaciones de Invalidez, Vejez y Muerte solamente pueden ser afectados con los reconocimientos relacionados con el pago de prestaciones del Sistema General de Pensiones, en atención a lo dispuesto por el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993 que establece:

   *"El Régimen de Prima media con Prestación Definida, tendrá las siguientes características:*

   *b) Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto por la presente ley…".*

8. Las costas procesales no corresponden a prestaciones del Sistema General de Pensiones.

9. En atención a lo señalado por el artículo 32 del Decreto ley 254 de 2000[449], modificado por la Ley 1105 de 2006, normativa que regula el trámite de liquidación de una entidad del orden nacional: i) los pagos de todas las obligaciones de una entidad que se encuentra en etapa de liquidación deben hacerse con cargo a la masa de liquidación, ii) los pagos debe realizarse atendiendo la prelación de créditos establecida por la propia ley y iii) las obligaciones condicionales o litigiosas se pagan con recursos de la masa de la liquidación, una vez se hagan exigibles.

10. La condena en costas al ISS en liquidación da lugar a un pasivo que debe pagarse.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio del Trabajo formula la siguiente **PREGUNTA**:

*"¿A quién corresponde pagar las costas judiciales que tienen su origen en procesos en los cuales fue vencido el ISS, hoy en liquidación: a la entidad en liquidación o a Colpensiones, que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del fondo común?"*

449 "Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional".

## II. CONSIDERACIONES

### A. Costas del proceso

Las costas procesales han sido definidas por la doctrina, la jurisprudencia y la ley. El profesor Hernando Morales las concibe como aquellos gastos en los cuales una parte debe incurrir para la obtención de una declaración judicial sobre un derecho[450]. Por su parte, para el profesor Hernán Fabio López, las costas constituyen una carga económica que se encuentra a cargo de quien obtuvo una decisión desfavorable[451].

Desde el punto de vista de la jurisprudencia nacional, las costas procesales han sido entendidas en forma similar al señalarse:

> *"Es preciso recordar que las costas constituyen la erogación económica que debe efectuar la parte vencida en un proceso judicial, y están conformadas tanto por las expensas como por las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintas al pago de apoderado, esto es, los impuestos de timbre, los honorarios de los auxiliares de la justicia, y en general todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora que pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"[452].*

El nuevo Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, en su artículo 361 señala que las costas procesales se encuentran conformadas por "la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho"[453].

Frente a la justificación que inspira la figura de las costas procesales, existen distintas posiciones. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha considerado que las costas procesales no corresponden a una indemnización de perjuicios

---

450 "El concepto de costas equivale, en general, al de gastos que es preciso hacer para obtener la declaración judicial de un derecho; ello quiere decir, por una parte, que de él se excluyen los gastos que no son consecuencia directa del proceso propiamente dicho y los inútiles para el mismo". Hernando Morales M., Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, 4ª edición, Ediciones Lerner, p. 508.

451 "Las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte ganancia efectuó y a la que le deben ser reintegradas". Hernán Fabio López, Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano, Dupre Editores, Undécima edición, 2012, p. 1059. Por su parte Jaime Azula Camacho señala respecto a las costas procesales: "Es la principal obligación procesal, y consiste en la cantidad que la parte vencida en el proceso o en determinada actuación le corresponde pagar a la vencedora por concepto de gastos útiles o necesarios que esta haya realizado como consecuencia de esta gestión.
Implica que todos los gastos del proceso corran a cargo de una parte, la cual no solo sufraga los causados por ella, sino los efectuados por su contraparte. Su justificación –como afirma Chiovenda– "encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la cual se realiza; siendo el interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante". Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo I, Novena edición, Editorial Temis S.A., 2008, p. 261.

452 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de junio de 2011, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-00933-01(AP). "Siguiendo planteamientos de la doctrina nacional, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que las costas, esto es, "aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"1, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho". Corte Constitucional. Sentencia del 27 de enero de 2004, C-089/02. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012, Radicación número: 11001-03-26-000-2011-00060-00(42126).

453 Por su parte, a partir de la lectura del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil las costas procesales se definieron bajo los siguientes términos: "Las costas procesales, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, consisten en un resarcimiento de los gastos realizados por el litigante vencedor, cuando existe controversia, para hacer efectivos los derechos cuyo reconocimiento clama ante la justicia" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012, Radicación número: 110010203000-2008-01760-00.

ni tampoco constituyen una sanción en contra de la parte demanda[454]. Para la Corte, su propósito consiste en restituir los desembolsos de aquella parte que fue llamada a juicio o resultó vencedora al término del debate procesal[455].

Postura distinta ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, conforme a la cual la condena en costas es una institución de derecho procesal cuyo propósito es el de sancionar a la parte que resulta derrotada en un proceso, incidente o recurso[456].

Desde el punto de vista de la doctrina, la condena en costas se justifica debido a que "la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a favor de la cual se realiza, siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante"[457]. En palabras de Chiovenda:

> *"[E]l juicio, como medio de conseguir el ejercicio del derecho, no puede conducir sino a la declaración de éste en su mayor y posible integridad; el derecho, según ya dije al ocuparme de la doctrina romana, debe reconocerse como si lo fuese en el momento de interponerse la demanda; todo lo que fue necesario para este reconocimiento, es disminución del derecho y debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que éste no sufra detrimento por causa del pleito. (…) Las costas deben participar de todos los privilegios, de todas las ventajas que son propias del mismo derecho a fin de que la declaración de éste no produzca disminución alguna en el patrimonio"[458].*

En lo que respecta a la procedencia de las costas procesales, antes de la promulgación de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)- existía un tratamiento disímil entre los procesos de conocimiento de la jurisdicción civil y los correspondientes a la jurisdicción Contenciosa Administrativa. En efecto, el artículo 171 del derogado Código Contencioso Administrativo, disposición que había sido modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, señalaba lo siguiente:

> *"Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".*

Como puede observarse, esta norma permitía que el juez en los procesos judiciales regulados por el Código Contencioso Administrativo, al analizar la conducta asumida por

454 "De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra". Corte Constitucional. Sentencia del 21 de marzo de 2013, C-157/13.

455 "Se trata, pues, de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de febrero de 2013, C-102/03.

456 "La institución de la condena en costas es una figura de derecho procesal que busca sancionar a la parte que resulta vencida en un proceso, incidente o recurso, teniendo ésta que efectuar erogaciones económicas a cargo de la parte vencedora, correspondientes a las expensas y las agencias en derecho. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02052-03(39030). "La condena en costas es una institución del derecho procesal cuyo fin es sancionar a la parte que resulta vencida en un proceso, incidente o recurso". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 4 de julio de 2013, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-01000-02(1440-12). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 13 de septiembre de 2012, Radicación número: 05001-23-31-000-2007-00467-01(18563), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de junio de 2012, Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00155-01(18163).

457 Azula Camacho, p. 261.

458 José Chiovenda, La condena en costas, Leyer, 2006, p. 34.

las partes, pudiera condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso. De allí que se entendiera que la condena en costas involucraba una valoración y ponderación subjetiva[459] pues para que esta se produjera era necesario analizar la conducta desplegada por la parte vencida[460] para determinar si esta había incurrido en temeridad, abuso del derecho o mala fe[461].

Esta aproximación era distinta a la orientación del Código de Procedimiento Civil[462], y se conserva en el nuevo Código General del Proceso en el sentido de que la condena en costas recae sobre la parte vencida en el proceso o sobre aquella a quien se le resuelve de forma desfavorable ciertos actos procesales[463]. De esta suerte, se ha entendido que el juez realiza un análisis de naturaleza objetiva[464].

La diferencia mencionada fue advertida en su oportunidad por la jurisprudencia colombiana:

> *"De otra parte, se hace notar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado han señalado en forma reiterada que, a diferencia de lo previsto*

459 "El artículo 171 del C.C.A. es una norma especial redactada ad hoc para regular lo relativo a la condena en costas dentro del proceso contencioso administrativo, de cuya lectura se deduce inequívocamente la voluntad legislativa de condicionar la condena en costas a la evaluación de la conducta procesal de las partes. Por ello, debe entenderse que esta disposición define un carácter subjetivo de la responsabilidad por el reembolso de dichas costas, es decir una responsabilidad que sólo opera cuando existe una conducta reprochable atribuible a la parte vencida". Corte Constitucional. Sentencia del 27 de enero de 2004, C-043/04.

460 "De la norma mencionada se desprende que en esta regulación se establece la igualdad procesal, al disponer que en todos los procesos podrá haber condena en costas contra la parte vencida en el juicio, que le exige al juez una valoración y ponderación subjetivas, pues esta se deberá ejercer teniendo en cuenta "la conducta asumida por las partes", exigencia que se traduce en que no basta que se haya vencido a la parte sino que se hace necesario analizar la conducta asumida por ella". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 13 de septiembre de 2012, Radicación número: 05001-23-31-000-2007-00467-01(18563). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de junio de 2012, Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00155-01(18163).

461 "La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que sólo cuando el Juez, al valorar la conducta de las partes comprueba que hubo uso abusivo de los medios procesales, se encuentra facultado para proceder a condenar en costas.
También ha dicho que "no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora"; de esta manera, se ha abstenido de condenar en costas cuando no encuentra probado que la conducta asumida por la parte vencida denota temeridad, abuso del derecho o mala fe". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 4 de julio de 2013, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-01000-02(1440-12).

462 "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código". Código de Procedimiento Civil, artículo 392.

463 "En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe". Ley 1564 de 2012, artículo 365.

464 "La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365". Corte Constitucional. Sentencia del 21 de marzo de 2013, C-157/13. "El ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no sólo para la condena, pues "se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento"3, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, "la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)"4. En efecto, aun cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó5, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación" (C.P.C., artículo 392-8)". Corte Constitucional. Sentencia del 27 de enero de 2004, C-089/02. "Esta norma sigue un criterio objetivo en esta materia: se condena en costas al que ha perdido, sin que sea necesario analizar por qué perdió". Corte Constitucional. Sentencia del 3 de junio de 1998, C-274/98. "Nuestro Código de Procedimiento Civil adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas: se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido". Corte Constitucional. Sentencia del 26 de octubre de 1995, C-480/95. "Entendidas entonces las costas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida judicialmente, que en este caso es la demandada, no es procedente acudir a los criterios sugeridos en la alzada para que se exonere de su pago, pues ni siquiera el principio de gratuidad consagrado en el CPT y SS Art. 39 da lugar a ello. De ahí que la argumentación del ISS, basada en el actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal del demandado, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de octubre de 2013, Radicación No. 45261.

*en el Código de Procedimiento Civil, en los procesos contencioso administrativos la condena en costas no opera automáticamente y en forma objetiva a favor de la parte vencedora, sino que su declaración está sujeta a una valoración de la conducta de la parte vencida que permita calificarla como temeraria o constitutiva de abuso de sus atribuciones y derechos procesales y, además, se encuentre probada…"*[465]

Con todo, esta aproximación divergente desaparece con la promulgación de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el cual establece en su artículo 188:

*"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".*

De esta forma, con excepción de los procesos en los que se discuta un interés público, en la respectiva sentencia el juez resolverá sobre la condena en costas, recurriendo para su determinación a las normas de procedimiento civil, en atención a lo dispuesto por el propio artículo 188 del CPACA y el artículo 306 del mismo Código[466].

De esta suerte, la determinación de las costas bajo la Ley 1437 de 2011 se realiza de forma objetiva sin que sea necesario que el juez analice la conducta de las partes.

### B. El caso concreto

A partir de la lectura del texto de la pregunta elevada en la consulta, entiende la Sala que los procesos referidos en el interrogante planteado son procesos ya terminados y fallados en forma desfavorable al ISS.

En este contexto procederá la Sala a responder el interrogante elevado por el Ministerio de Trabajo. Para ello, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el Decreto 2013 de 2012, normatividad que además de ordenar la supresión y liquidación del ISS[467], estableció reglas particulares que permiten resolver el problema jurídico objeto de estudio. Así el artículo 3º del mencionado decreto dispone:

*"Excepcionalmente, con el objeto de no afectar la prestación del servicio público en pensiones, y por un término no superior a seis (6) meses, el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación seguirá ejerciendo la defensa en las acciones de tutela relacionadas con la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se encuentren en curso al momento de entrada en vigencia del presente decreto. El cumplimiento de los fallos de tutela relacionados con la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida corresponde a Colpensiones.*

465 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 23 de agosto de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00644-02.

466 "En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

467 Decreto 2013 de 2012, artículo 1º.

*Una vez notificadas las órdenes de tutela el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación procederá de inmediato a comunicar a Colpensiones el contenido de la decisión y suministrará los soportes y documentos necesarios que aún se encuentren en su poder para que Colpensiones proceda a su cumplimiento. De lo anterior, el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación informará al Juez competente".*

Igualmente, el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012 dispone:

*"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".*

Una interpretación armónica de los artículos 3º y 35 del Decreto 2013 de 2012, permite concluir que por expreso mandato legal se impuso a Colpensiones la obligación de cumplir con los fallos de tutela relacionados con la administración del régimen de prima media con prestación definida y con las sentencias judiciales que además de lo anterior, afecten a los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte.

Es importante destacar que las anteriores normas no impusieron a Colpensiones la obligación de cumplir la totalidad de los fallos de tutela o procesos judiciales en los que fuera parte el ISS, sino únicamente aquellos que correspondan a las características señaladas en el párrafo anterior.

Encuentra la Sala plenamente justificada esta disposición pues en virtud de lo dispuesto por los artículos 155 de la Ley 1151 de 2007[468] y 1º del Decreto 2011 de 2012[469], Colpensiones tiene a su cargo la administración del régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia tiene la facultad de dar cumplimiento a lo ordenado por las autoridades judiciales en fallos de tutela o sentencias que estén relacionadas con la administración del régimen de prima media con prestación definida o afecten los fondos de

468 "Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle". Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, artículo 155.

469 "A partir de la fecha de publicación del presente decreto, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones inicia operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida". Decreto 2011 de 2012, por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y se dictan otras disposiciones artículo 1º.

prestaciones de invalidez, vejez y muerte. No puede perderse de vista que esta entidad tiene la facultad para:

> *"1. Resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo aquellas que habiendo sido presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales (ISS), o la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom, no se hubieren resuelto a la entrada en vigencia del presente decreto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 5o del mismo.*
>
> *2. Pagar la nómina de pensionados que tenía a cargo el Instituto de Seguros Sociales (ISS), como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *3. Ser titular de todas las obligaciones con los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales (ISS), y de los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom.*
>
> *4. Administrar los Fondos de Reservas de Prestaciones de Vejez, Invalidez y Muerte que administraba el Instituto de Seguros Sociales (ISS), de que trata la Ley 100 de 1993.*
>
> *5. Efectuar el recaudo de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las cuentas y con los mecanismos que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) establezca para tal efecto"*[470].

Si de acuerdo con los artículos 3º y 35 del Decreto 2013 de 2012 corresponde a Colpensiones cumplir con los fallos de tutela o procesos judiciales relacionados con la administración del régimen de prima media con prestación definida o que afecten los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte, lo lógico y consecuente es que también se encuentre obligada dicha institución a asumir el pago de la condena en costas que se haya ordenado en las respectivas decisiones.

En efecto, al trasladarse a Colpensiones las funciones que venía desarrollando el ISS relacionadas con la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida[471], aquel organismo por razones de una eficiente continuidad del servicio y de seguridad jurídica de los usuarios y personas que se hayan visto afectadas por dicho servicio, debe seguir cumpliendo los compromisos adquiridos por esta última así como también las obligaciones legales o judiciales que se hayan derivado o se deriven de dicha administración, pues precisamente cuando a una entidad se le transfiere el ejercicio de funciones que venía desarrollando otra entidad que entra en liquidación, se subroga, como es lógico, en las obligaciones y derechos derivadas de la función transferida y de la

470 Decreto 2011 de 2012, artículo 3º.

471 "Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle. Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual 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". Ley 1151 de 2007, artículo 155. Véase igualmente: "Que el mismo artículo 155 de la citada Ley 1151 de 2007 establece que Colpensiones asumirá los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al régimen de Prima Media con Prestación Definida, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de Cajanal, Caprecom y el Instituto de Seguros Sociales en lo que a pensiones se refiere". Decreto 2013 de 2012, Considerando.

cual es deudor y titular el organismo o entidad que debe ser disuelta, como lo permite el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 que dispone:

> *"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".*

De allí que el Decreto 2013 de 2012 haya ordenado que los fallos de tutela y las sentencias relacionadas con la función de administración del régimen de prima media, la cual le fue trasladada a Colpensiones como consecuencia de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales fueran cumplidas por esta última, es decir, subroga las obligaciones que debía cumplir el instituto liquidado en cabeza de Colpensiones, sin hacer ningún tipo de distinción frente a los pagos que se deben realizar como consecuencia de las providencias emitidas en contra del Instituto.

Igualmente, como la condena en costas es parte integrante de la sentencia que profiere el administrador de justicia, su cumplimiento impone acatar, no solamente lo dispuesto frente a las pretensiones o excepciones objeto de litigio sino también lo ordenado respecto a las costas judiciales. De esta suerte, como Colpensiones tiene a su cargo el cumplimiento de fallos de tutela y sentencias que estén relacionadas con la administración del régimen de prima media con prestación definida o que afecten los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte, y la condena en costas procesales es parte del fallo de tutela o la sentencia judicial que cumple con estas características, debe necesariamente concluirse que corresponde también a esta entidad cumplir con lo ordenado por la autoridad judicial respecto a las costas procesales.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

## La Sala responde:

*1. "¿A quién corresponde pagar las costas judiciales que tienen su origen en procesos en los cuales fue vencido el ISS, hoy en liquidación: a la entidad en liquidación o a Colpensiones, que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del fondo común?*

Corresponde a Colpensiones pagar las costas judiciales que tienen su origen en procesos en los cuales fue vencido el ISS, hoy en liquidación, en virtud de lo señalado en los artículos 3º y 35 del Decreto 2013 de 2012.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala. William Zambrano Cetina, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

**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**

Fecha: 13/06/2017
Consejero Ponente: Édgar González López
Levantamiento de la reserva mediante auto del 15 de enero de 2018

El Ministro de Transporte formula a la Sala una consulta acerca del alcance de algunas medidas administrativas especiales y transitorias destinadas a sanear o mejor, normalizar el registro inicial de vehículos de servicio público de transporte de carga que presentan omisiones en su trámite y si tales medidas podrían tener eventualmente alguna incidencia sobre procesos penales y disciplinarios.

## I. ANTECEDENTES

El Ministro de Transporte expone los antecedentes legales y fácticos del tema, que se sintetizan en la siguiente forma:

### 1. Antecedentes legales

El consultante presenta una relación normativa sobre el servicio público de transporte y en especial el de carga, y la reposición de los vehículos, la cual se complementa en algunos casos, con la titulación y el texto de las normas. Para mayor precisión se señala:

1. La Ley 105 del 30 de diciembre de 1993, *"Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones"*, establece en el artículo 3º los principios del transporte público. Los numerales 1 y 2 regulan el acceso al transporte y el carácter de servicio público del transporte. Este último tiene gran importancia y significa fundamentalmente que *"La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad".*

2. La Ley 336 del 20 de diciembre de 1996, *"Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Transporte"*, en el artículo 5º le confiere el carácter de *"esencial"* al servicio público de transporte, y por ende, se encuentra bajo la regulación del Estado e implica la prelación del interés general sobre el particular, en especial en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y la protección de los usuarios.

   El artículo 66 de la misma establece que las autoridades competentes en cada una de las modalidades terrestres, podrán regular el ingreso de vehículos por incremento al servicio público.

3. La Ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito Terrestre, dispone en el artículo 37, que el registro inicial de un vehículo se podrá hacer en cualquier organismo de tránsito y sus características técnicas y de capacidad deben estar homologadas por el Ministerio de Transporte para su operación en las vías del territorio nacional.

4. El Gobierno nacional, mediante el Decreto 3525 de 2005, estableció que el ingreso de vehículos al servicio público de transporte terrestre automotor de carga, se efectuaría por medio de **reposición o incremento** y que en caso de que el adquirente de un nuevo vehículo de carga no realizara inmediatamente la reposición, podía ingresar el automotor con la presentación al Ministerio de Transporte de una caución, consistente en una garantía bancaria o una póliza de seguros, vigente por dieciocho (18) meses, la cual debía ser aprobada por el Ministerio antes de la matrícula del vehículo nuevo.

   En el evento en que se venciera el término de la caución sin que el interesado realizara la desintegración del vehículo, el Ministerio debía declarar la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la garantía, lo cual exoneraba al adquirente de la obligación de reponer.

5. Luego, el Decreto 1347 de 2005, que rigió durante quince (15) meses, estableció que el ingreso de vehículos al parque de servicio público de transporte terrestre automotor de carga, se debía hacer **por reposición,** previa demostración de que el o los vehículos repuestos fueron sometidos al proceso de desintegración física total y que se efectuó la cancelación de su licencia de tránsito y del Registro Nacional de Carga. La reposición se podía realizar también en los casos de pérdida total y hurto. El mencionado decreto dispuso que los organismos de tránsito podían efectuar el registro inicial cuando tuvieran la certificación de cumplimiento de los requisitos para dicho registro, expedida por el Ministerio de Transporte.

6. El Documento CONPES No. 3489 del 1º de octubre de 2007 definió la Política Nacional de Transporte Público Automotor de Carga. En este documento se indicó que el 57% del parque automotor de carga en Colombia correspondía a vehículos con más de veinte (20) años de vida útil, con un promedio de 24.4 años de servicio, y se propuso que los Ministerios de Transporte y de Hacienda, conjuntamente con el Departamento Nacional de Planeación, estudiaran medidas conducentes a la modernización del parque automotor del servicio público de carga, a través del diseño e implementación de un programa integral de reposición.

7. Después se expidió el Decreto 2085 de 2008, por medio del cual se reglamentó el ingreso de vehículos de transporte público y particular de carga, a través de los mecanismos de reposición por desintegración física total o caución.

   Es importante señalar que este decreto posteriormente fue compilado, con sus modificaciones, en la Sección 7, Capítulo 7, Título 1, Parte 2, Libro 2 del **Decreto 1079 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte.**

El Decreto 2085 de 2008 dispuso que para el registro inicial de un vehículo de transporte terrestre automotor de carga de servicio público y particular, se debía demostrar la desintegración total de uno o varios vehículos cuya capacidad de carga o la sumatoria de las capacidades originales en toneladas fuera igual o superior al cien por ciento (100%) de la capacidad de carga del vehículo objeto de registro inicial. Además, estableció que para los vehículos matriculados mediante la presentación de una caución, el plazo para reponer era de seis (6) meses.

8. Luego, el Decreto 2450 de 2008, que modificó parcialmente el Decreto 2085 de 2008, estableció las medidas para el ingreso de vehículos al servicio público y particular de transporte terrestre automotor de carga, aplicables a los vehículos con capacidad de carga superior a tres (3) toneladas. Adicionalmente, redujo a tres (3) meses el plazo para realizar el proceso de desintegración en los casos en que el solicitante hubiera constituido garantía bancaria o de póliza de seguros, y modificó el valor de las cauciones.

9. El Gobierno nacional expidió el Decreto 1131 de 2009 que modificó también parcialmente el Decreto 2085 de 2008, y dispuso que las medidas para el ingreso de vehículos de servicio público y particular de carga, eran aplicables a todos los vehículos con Peso Bruto Vehicular (PBV) superior a diez mil quinientos kilogramos (10.500 Kg.), mediante los mecanismos de reposición por desintegración física total o caución. Fijó además, nuevos valores para las cauciones.

10. El Ministerio de Transporte, por medio de las Resoluciones Nos. 1347, 1150 y 3625 de 2005, y 2085, 2450 y 3253 de 2008, estableció los requisitos que se debían cumplir para el registro inicial de vehículos de carga ante los organismos de tránsito, relacionados particularmente con la exigencia de la expedición de un certificado de cumplimiento de requisitos o la aprobación de la caución por parte del Ministerio.

11. Posteriormente, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 7036 de 2012, mediante la cual definió las condiciones y el procedimiento para el reconocimiento económico por desintegración física total de vehículos de servicio público de transporte de carga, y para el registro inicial de tales vehículos por reposición.

    En dicha Resolución, el Ministerio de Transporte dispuso realizar la verificación en línea del cumplimiento de los requisitos para autorizar la reposición de los vehículos de transporte con capacidad de carga superior a 10.500 Kg., a través de la plataforma RUNT, y autorizar, también en línea, la matrícula de los vehículos de carga, ya sea que ingresen por reposición o mediante caución.

    En este sentido, el artículo 8.14 de la Resolución No. 12379 de 2012 del Ministerio de Transporte dispuso que para la matrícula de un vehículo de carga, el organismo de tránsito debe validar a través del sistema RUNT, el cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en la Resolución 7036 de 2012 o la norma que la modifique, complemente o derogue.

12. El documento CONPES No. 3759 de 2013 declaró la importancia estratégica del Programa de Promoción para la Reposición y Renovación del Parque Automotor de carga.

13. Los Decretos 486 y 1250 de 2013 suspendieron provisionalmente el ingreso de vehículos de carga, mediante la caución que contemplaba el artículo 6º del Decreto 2085 de 2008, y luego el Decreto 1769 de 2013 derogó los artículos 6, 7 y 8 de este, con lo cual el ingreso de vehículos de carga quedó autorizado únicamente mediante la reposición por desintegración física total o hurto.

14. El Decreto 2944 de 2013 modificó los artículos 1º y 3º del Decreto 2085 de 2008, el cual ya había sido modificado por los Decretos 2450 de 2008, 1131 de 2009 y 1769 de 2013, en el sentido de disponer que el ingreso de vehículos rígidos descritos en el citado decreto, estaba exento de la condición de ingreso por reposición por desintegración física total, porque tales vehículos no podían ser objeto de cambio en sus condiciones iniciales de ingreso; y que para el registro inicial de un vehículo nuevo de transporte terrestre automotor de carga de servicio público y particular por reposición de otro, ambos con peso bruto vehicular superior a 10.500 kilogramos, se tendrían en cuenta las equivalencias allí previstas.

15. Finalmente, el Gobierno nacional expidió **el Decreto 1079 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte,** el cual, en el Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 7, Sección 7, adoptó las medidas para el ingreso de vehículos al servicio particular y público de transporte terrestre automotor de carga, con Peso Bruto Vehicular (PBV) superior a diez mil quinientos kilogramos (10.500 Kg.), mediante el mecanismo de reposición por desintegración física total o hurto, y dispuso que el Ministerio de Transporte era la autoridad encargada de determinar las condiciones y procedimientos para el registro inicial y desintegración física de vehículos de transporte terrestre automotor de carga de servicio público y particular por reposición, pérdida o destrucción total o hurto.

## 2. Antecedentes fácticos de la consulta

El Ministerio de Transporte expone los antecedentes fácticos de la consulta, los cuales la Sala estima pertinente agrupar en tres aspectos para facilitar el planteamiento del tema, así:

### a. La situación presentada

El Ministerio explica la situación presentada en los siguientes términos, que conviene citar de manera textual, en aras de la claridad y precisión:

> *"En primer lugar debemos señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo 11001-33-31-019-2007-00735-00 (sic, los dos últimos números son 01) del 29 de septiembre de 2011, al conocer en segunda instancia de una acción popular interpuesta contra el Ministerio de Transporte, encontró probadas acciones*

*encaminadas a evadir el cumplimiento de las políticas de modernización del parque automotor de carga y amparó los derechos a la moralidad administrativa, el medio ambiente, la seguridad y la salubridad pública.*

*En dicha providencia el Tribunal dispuso lo siguiente:*

***'1.2 ORDENAR** al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte la realización de las siguientes obligaciones de hacer:*

*1.2.1. Se ordene a quien corresponda y se ejerza control de las gestiones tendientes a depurar la información a nivel Nacional sobre los registros de vehículos automotores de carga con obligación de cumplir con las disposiciones en su tiempo vigentes tendientes a modernizar el parque automotor de carga, contenidas en los decretos 1347 de 2005, 3525 de 2005, Decreto 2868 del 28 de agosto de 2006, resoluciones 1150 de 2005, resolución 1800 de 2005 y resolución No. 00300 de 2006 del Ministerio de Transporte.*

*1.2.2. Se ordene a quien corresponda el realizar (sic) llevar control de pago de cauciones ordenadas en las disposiciones anteriores y su ingreso a las Arcas del Estado.*

*1.2.3. Si de la revisión de la información se encuentran registros iniciales contrarios a las disposiciones legales, se requiera por las aludidas entidades las investigaciones disciplinarias y penales a que haya lugar'.*

*Teniendo en cuenta lo anterior y el marco normativo descrito en líneas anteriores, esta Cartera Ministerial inició un proceso de cruce de información entre las bases de datos internas, la información enviada por los organismos de tránsito y el Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT), en relación con los vehículos de carga desintegrados y matriculados desde el año 2005, evidenciándose inconsistencias en el registro inicial de algunos vehículos de carga destinatarios de esta política.*

*Es por esto, que para el año 2012, el Ministerio de Transporte al establecer algunas de estas inconsistencias o faltantes de requisitos en el proceso de registro inicial de matrícula de los vehículos de carga, procedió a instaurar las respectivas denuncias penales y poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, para lo de sus competencias.*

*Es de anotar que en el marco de las denuncias penales presentadas el Ente investigador –Fiscalía, ha establecido una serie de responsabilidades por estos hechos. Derivado de lo anterior, se han dictado decisiones en contra de algunos de los implicados, existiendo a la fecha personas con detención domiciliaria y otros a la espera que les definan su situación.*

*No obstante las acciones anteriormente descritas y con ocasión del acuerdo para la reforma estructural del transporte de carga por carretera, suscrito el 21 (sic, fue el 22) de julio de 2016, en donde el Gobierno nacional se comprometió a reglamentar:*

*'2. (…) la política de saneamiento del proceso de matrícula, a través de la desintegración de un vehículo al que se busca sanear o que se ajuste a las equivalencias previamente establecidas en la Resolución 7036 de 2012 y en el artículo 2.2.1.7.7.3 del Decreto 1079 de 2015, en un término no mayor a 1 año; lo anterior, acompañado de la publicación de alertas e información en el Sistema RUNT en un plazo máximo de 90 días, referente a vehículos con inconsistencias en el proceso de matrícula inicial. Este procedimiento se debe adelantar sin perjuicio de las acciones penales, civiles, disciplinarias, fiscales y administrativas a las que hubiere lugar'".*

*La Sala estima conveniente citar aquí el artículo 2.2.1.7.7.3 del Decreto 1079 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte", el cual establece lo siguiente:*

***"Artículo 2.2.1.7.7.3. Equivalencia para la reposición.*** *Para el registro inicial de un vehículo nuevo de transporte terrestre automotor de carga de servicio particular y público por reposición de otro, ambos con peso bruto vehicular superior a 10.500 kilogramos, se tendrán en cuenta las siguientes equivalencias:*

*a) Si el vehículo a ingresar corresponde a la misma configuración del vehículo a reponer, la equivalencia será de uno a uno, independientemente de la capacidad de carga de ambos vehículos;*

*b) Si el vehículo a ingresar es de configuración superior a la del vehículo a reponer, se deberá aplicar la siguiente tabla:*

| Configuración a Registrar | Configuración Equivalente | Cantidad |
|---|---|---|
| 3S | 2S | 1 |
| | 4 | 1 |
| | 3 | 1 |
| | 2 | 2 |
| 2S | 4 | 1 |
| | 3 | 1 |
| | 2 | 2 |
| 4 | 3 | 1 |
| | 2 | 2 |
| 3 | 2 | 2 |

*c) Si el vehículo a ingresar es de configuración menor a la del vehículo a reponer, la equivalencia será de uno a uno, independientemente de la capacidad de carga de ambos vehículos.*

***Parágrafo 1.*** *La desintegración contemplada en el presente artículo se debe cumplir con vehículos matriculados en el respectivo servicio, público o particular según el caso, en el cual se va a registrar el vehículo objeto de registro inicial.*

***Parágrafo 2.*** *En aquellos casos en los cuales exista diferencia en el Peso Bruto Vehicular consignado en el Registro Nacional Automotor, en el Registro Nacional de Carga y/o en la Tabla de equivalencia adoptada en la Resolución 727 de 2013 o en la que la modifique o sustituya, para el cumplimiento de este requisito, la validación que se realiza a través del Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT), se hará de conformidad con la tabla de equivalencia adoptada por la Dirección de Transporte y Tránsito.*

***(Decreto 2085 de 2008, artículo 3, modificado por el Decreto 2944 de 2013, artículo 2)".***

Luego, la consulta indica **los tres (3) casos de inconsistencias** *que se han encontrado en los registros de vehículos de carga, así:*

*Esta Cartera Ministerial, realizó un análisis de los casos en los cuales se presentan inconsistencias en el cumplimiento de los requisitos para el registro inicial de vehículos de carga,* ***evidenciando que en la actualidad existen:***

*1. Vehículos matriculados con certificado de cumplimiento de requisitos o aprobación de la caución que operaba en su momento, expedidos por el Ministerio de Transporte para un vehículo, y utilizado para matricular el vehículo para el que fue expedido y otros más o un vehículo distinto.*

*2. Vehículos matriculados con certificado de cumplimiento de requisitos o aprobación de la caución que operaba en su momento, no expedidos por el Ministerio de Transporte.*

*3. Vehículos matriculados con certificado de cumplimiento de requisitos expedidos por el Ministerio de Transporte por desintegración, pérdida total o hurto de un vehículo que con posterioridad se estableció que continúa activo o que no existió" (Resalta la Sala).*

### b. Las medidas administrativas de saneamiento o normalización

El Ministerio de Transporte se refiere a las medidas administrativas especiales y transitorias que se podrían expedir para sanear o mejor, normalizar el registro inicial de los vehículos de carga que se encuentren en cualquiera de los tres supuestos mencionados anteriormente. Las explica en la siguiente forma:

*"Así las cosas y al observar que en los casos antes mencionados, existe desde el punto de vista administrativo una omisión en el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el registro inicial de vehículos de carga, esta Cartera Ministerial considera necesario realizar un proceso de saneamiento de registro inicial de los vehículos que se encuentren incursos en alguno de los supuestos antes citados. Es de anotar, que esta medida de saneamiento consistiría en el establecimiento de la obligación al propietario del vehículo que presente omisiones de desintegrar otro vehículo de carga que cumpla con las equivalencias establecidas en el artículo 2.2.1.7.7.3 del Decreto 1079 de 2015, previo el agotamiento del procedimiento que para tal efecto se establezca.*

*Es preciso mencionar que finalizado el procedimiento, el propietario del automotor que presenta omisiones obtendrá un certificado de desintegración física total por saneamiento, así como la autorización de saneamiento, las cuales deberán inscribirse por el Ministerio de Transporte en el Registro Nacional Automotor y tendrán que estar contenidas en el Certificado de Libertad y Tradición del Vehículo que expida el Organismo de Tránsito competente, saneando de esta forma su registro".*

### c. Lo que se consulta

Bajo este título, el Ministerio de Transporte precisa el objeto de la consulta, así:

*"No obstante lo anterior y al evidenciar que en los casos antes mencionados, existe desde el punto de vista administrativo una omisión en el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el registro inicial de vehículos de carga y de forma paralela a la luz del derecho penal, una presunta comisión de conductas punibles para obtener uno de los requisitos necesarios para el registro inicial, esta Cartera Ministerial considera necesario elevar consulta ante esa Honorable Corporación Judicial, con el propósito de establecer si con la expedición de una norma de carácter general y en donde se busca establecer una medida especial y transitoria que permita sanear el trámite administrativo de registro inicial de los vehículos que se encuentran en los siguientes supuestos:*

*1. Vehículos matriculados con certificado de cumplimiento de requisitos o aprobación de la caución que operaba en su momento, expedidos por el Ministerio de Transporte para un vehículo, y utilizado para matricular el vehículo para el que fue expedido y otros más o un vehículo distinto.*

*2. Vehículos matriculados con certificado de cumplimiento de requisitos o aprobación de la caución que operaba en su momento, no expedidos por el Ministerio de Transporte.*

*3. Vehículos matriculados con certificado de cumplimiento de requisitos expedidos por el Ministerio de Transporte por desintegración, pérdida total o hurto de un vehículo que con posterioridad se estableció que continúa activo o que no existió.*

*Se entorpece las investigaciones penales y disciplinarias que estén en curso o que se podrían iniciar por la comisión de presuntas conductas punibles".*

Con base en lo expuesto, el Ministro de Transporte formula las siguientes

**Preguntas:**

*"1. ¿Con la adopción de una medida administrativa especial y transitoria mediante Decreto, que permita subsanar la omisión en el cumplimiento de alguno de los requisitos de registro inicial de un vehículo de carga, se entorpecería el proceso penal que en la actualidad cursa ante la Fiscalía General de la Nación por la comisión de una presunta conducta*

*punible que contribuyó a la obtención de uno de los requisitos administrativos para registro inicial?*

*2. ¿De ser viable el saneamiento de los vehículos que se encuentran en los supuestos mencionados en el presente documento, las autoridades competentes que adelantan los procesos pertinentes, podrían continuar con los mismos? ¿Esta medida podría ocasionar el archivo o la preclusión de la investigación?*

*3. ¿La adopción de una medida administrativa especial y transitoria que permita subsanar la omisión en el cumplimiento de alguno de los requisitos de registro inicial de un vehículo de carga, afectaría el inicio de las acciones penales, administrativas y disciplinarias pertinentes?*

*4. En el evento que el proceso penal que actualmente curse tenga como consecuencia la cancelación del registro del vehículo matriculado con omisión de requisitos y posteriormente saneado. ¿Qué consecuencias acarrearía para este Ministerio, al haber autorizado el saneamiento vía administrativa del registro del vehículo?*

*5. Teniendo en cuenta el deber de denuncia de los funcionarios públicos, en el evento de saneamiento al evidenciar la presunta falta penal, ¿se deberán efectuar las denuncias respectivas o en estos casos no es viable autorizar el saneamiento?".*

## II. AUDIENCIA

La Sala realizó el 6 de febrero de 2017 una Audiencia con los siguientes funcionarios del Ministerio de Transporte: la doctora Amparo Lotero Zuluaga, Directora Jurídica (E.), la doctora Aída Lucy Ospina Arias, Directora de Transporte y Tránsito, y el doctor Andrés Ricardo Chávez Pinzón, Asesor del Despacho del Ministro, con la finalidad de obtener mayor información y precisar algunos aspectos de la consulta.

En dicha audiencia se estableció, entre otros puntos relevantes, que la consulta se refería únicamente al servicio público de transporte de carga, no al privado; que las medidas administrativas especiales y transitorias de normalización del registro inicial de los vehículos de servicio público de carga que presentan las inconsistencias anotadas, estarían dirigidas a los propietarios, poseedores o tenedores de buena fe exenta de culpa de dichos vehículos; que las mismas se encontrarían dentro de lo ordenado por la citada Sentencia de la acción popular del 29 de septiembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y que el Gobierno nacional ya había tomado algunas de tales medidas, mediante los Decretos 1514 y 1517 de 2016.

## III. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro de Transporte, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) las medidas de normalización del registro de los vehículos de carga, sus destinatarios y su no incidencia en los procesos penales y disciplinarios en curso; ii) la buena fe exenta de culpa; iii) la cancelación del registro de un vehículo

matriculado con omisión de requisitos y la improcedencia de su posterior saneamiento; y iv) el deber de denuncia del servidor público, de una presunta conducta punible en el evento de saneamiento.

Previamente a hacer el análisis antes mencionado, la Sala desea anotar que no se pronuncia sobre la legalidad de las medidas tomadas mediante los Decretos 1514 y 1517 de 2016 y 153 de 2017 y la Resolución No. 332 de 2017 del Ministerio de Transporte, por cuanto, como se sabe, su función es esencialmente consultiva y no tiene competencia para resolver, en sede judicial, sobre la legalidad de normas jurídicas.

### A. Las medidas de normalización del registro de los vehículos de transporte público de carga, sus destinatarios y su no incidencia en los procesos penales y disciplinarios en curso

Como se mencionó en la Audiencia, el año pasado el Gobierno nacional ya había tomado algunas medidas administrativas especiales y transitorias de normalización del registro de los vehículos de servicio público de transporte de carga, mediante los Decretos 1514 y 1517 de 2016. A estos se agrega el Decreto 153 de 2017 que modificó algunas normas del primero y la Resolución No. 332 de 2017 del Ministerio de Transporte, la cual derogó la Resolución No. 7036 de 2012, mencionada en los antecedentes.

Resulta oportuno presentar, de manera general, la normativa de las medidas administrativas especiales y transitorias de normalización del registro de los vehículos de servicio público de transporte de carga, la cual, como se señaló, se encuentra contemplada en los siguientes estatutos:

1. El Decreto 1514 del 20 de septiembre de 2016, *"Por el cual se adoptan medidas especiales y transitorias para sanear el registro inicial de los vehículos de transporte de carga y se adiciona la subsección 1 a la Sección 7 del Capítulo 7 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1079 de 2015",* adicionó efectivamente la mencionada subsección al Decreto 1079 de 2015, el DUR (Decreto Único Reglamentario) del Sector Transporte, la cual *"tiene por objeto adoptar medidas especiales y transitorias para resolver la situación administrativa de los vehículos de transporte de carga que presentan omisiones en su registro inicial entre los años 2005 y 2015"* (artículo 2.2.1.7.7.1.1.).

   Dentro de las normas de este decreto que adicionó al citado DUR, se encuentra el artículo 2.2.1.7.7.1.4., mediante el cual se estableció que podían ser objeto de saneamiento dos tipos de omisiones en las que se pudo incurrir al momento de realizar el registro inicial de un vehículo de carga: vehículos cuyo registro inicial se realizó sin la certificación de cumplimiento de requisitos o sin la certificación de aprobación de la caución expedida por el Ministerio de Transporte y respecto de los cuales, con posterioridad a la fecha de su registro inicial, fue expedido el respectivo certificado por el Ministerio de Transporte, o respecto de los cuales nunca fue expedido dicho certificado. Esta disposición fue modificada por el artículo 4º del Decreto 153 de 2017,

para añadirle dos tipos más de omisiones, en relación con las cuales, los terceros de buena fe exenta de culpa podían solicitar el trámite de normalización del registro.

2. El Decreto 1517 del 22 de septiembre de 2016, *"Por el cual se crea el Registro Único Nacional de Desintegración Física de Vehículos e Ingreso de Nuevos Vehículos de Transporte Terrestre Automotor de Carga – RUNIS TAC – y se adicionan unos artículos a la Sección 7 del Capítulo 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1079 de 2015"*.

   Este decreto estableció que el Ministerio de Transporte expedirá un Certificado de Cancelación de Matrícula (CCM), por cada cancelación de matrícula derivada de un trámite de desintegración física con reconocimiento económico sin fines de reposición, el cual tendrá los efectos de una Autorización de Registro Inicial de Vehículo Nuevo. Además, creó de forma transitoria el mencionado Registro RUNIS TAC para vehículos con peso bruto vehicular (PBV) mayor a 10.5 toneladas.

3. El Decreto 153 del 3 de febrero de 2017, *"Por el cual se modifica y adiciona la Subsección 1 de la Sección 7 del Capítulo 7 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1079 de 2015, en relación con las medidas especiales y transitorias para normalizar el registro inicial de vehículos de transporte de carga",* estableció las medidas, como señala su epígrafe, para normalizar los registros iniciales de vehículos de carga que habían presentado inconsistencias y que por causa de ventas, permutas, traspasos o entregas de los mismos, se encuentran en poder de terceros propietarios, poseedores o tenedores de buena fe exenta de culpa.

El Decreto 153 de 2017 establece las medidas, fundamentalmente en los artículos 2º y 6º. El artículo 2º dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 2°.*** *Modifíquese el artículo 2.2.1.7.7.1.5 de la Subsección 1 de la Sección 7 del Capítulo 7 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1079 de 2015, el cual quedará así:*
>
> *"**Artículo 2.2.1.7.7.1.5. Identificación de vehículos de transporte de carga que presuntamente presentan omisiones en su registro inicial**. El Ministerio de Transporte, en un término de treinta (30) días hábiles contados a partir del 3 de febrero de 2017, enviará a los organismos de tránsito los listados de los vehículos que presuntamente presentan omisiones en su registro inicial, resultantes del cruce de información realizado entre los vehículos registrados que son objeto del programa de reposición vehicular, frente a las certificaciones de cumplimiento de requisitos expedidas y las pólizas aprobadas.*
>
> *Los organismos de tránsito, en un término de dos (2) meses contados a partir del suministro de la información por el Ministerio de Transporte, y con fundamento en esta, deberán verificar el listado de los vehículos de carga que presentan omisiones en su registro inicial e indicar al Grupo de Reposición Vehicular del Ministerio de Transporte la omisión en la que se encuentran los vehículos, de acuerdo con los tipos de omisiones*

*enumerados en el artículo 2.2.1.7.7.1.4*[472]*. Adicionalmente, en caso de contar con información adicional, deberán transmitirla al Ministerio.*

***Parágrafo 1°**. La Dirección de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte determinará, en un plazo de quince (15) días contados a partir del 3 de febrero de 2017, los estándares y mecanismos necesarios para la información que deben reportar los organismos de tránsito.*

***Parágrafo 2°**. El Ministerio de Transporte informará a las autoridades de control respectivas, en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir del vencimiento del plazo previsto en el inciso 2° de este artículo, los organismos de tránsito que no remitieron al Ministerio la relación de vehículos que presentan omisiones en su registro inicial, para que adelanten las acciones a que haya lugar.*

***Parágrafo 3°.** Los organismos de tránsito, una vez envíen la información al Ministerio de Transporte de los vehículos que presentan omisiones en el proceso de registro inicial, deberán comunicar al propietario del vehículo dicha situación y le informarán la posibilidad de acogerse o no al procedimiento establecido y el correo electrónico habilitado para dicho proceso.*

***Parágrafo 4°.** El Ministerio de Transporte, a través del sistema RUNT, realizará una anotación en el Registro de aquellos vehículos que presentan las omisiones descritas en el artículo 2.2.1.7.7.1.4 de este decreto, reportadas por los organismos de tránsito, las cuales podrán ser vistas cuando se realice la consulta del estado del vehículo.*

***Parágrafo 5°.** Cualquier persona que tenga conocimiento de que un vehículo de transporte de carga presenta alguna de las omisiones detalladas en el artículo 2.2.1.7.7.1.4 del presente decreto podrá reportarla mediante correo electrónico al Grupo de Reposición Vehicular del Ministerio de Transporte.*

*Para el efecto, la Dirección de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte establecerá y difundirá, en el término de ocho (8) días contados a partir del 3 de febrero de 2017, los datos requeridos, el correo electrónico habilitado para ello y el procedimiento de verificación de la información".*

Luego, el artículo 3º del Decreto 153 de 2017 otorga el derecho de solicitar la normalización del registro a los propietarios, poseedores y tenedores de buena fe exenta de culpa de los vehículos de transporte de carga que presentan omisiones en el trámite del registro inicial, y les confiere el plazo de un (1) año desde el 3 de febrero de 2017, para hacerlo. Dice así:

***"Artículo 3°.** Modifíquese el artículo 2.2.1.7.7.1.3 de la Subsección 1 de la Sección 7 del Capítulo 7 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1079 de 2015, el cual quedará así:*

472 Se encuentra en el artículo 4º del Decreto 153 de 2017, citado más adelante.

> "***Artículo 2.2.1.7.7.1.3. Plazo**. **Los propietarios, poseedores o tenedores de buena fe exenta de culpa** de los vehículos de transporte de carga que presenten omisiones en el trámite de registro inicial podrán normalizarlas de acuerdo con lo establecido en la presente Subsección, dentro del término de un (1) año contado a partir del 3 de febrero de 2017"* (Negrillas de la Sala).

El artículo 4º del Decreto 153 de 2017 establece cuáles son las omisiones o inconsistencias en el registro inicial, que deben ser objeto del trámite de normalización del registro y reitera que son los propietarios, poseedores o tenedores de buena fe exenta de culpa de los vehículos con tales omisiones, quienes pueden postular voluntariamente sus vehículos para la normalización de trámites a través del RUNT. Dispone la norma lo siguiente:

> ***"Artículo 4°.*** *Modifíquese el artículo 2.2.1.7.7.1.4 de la Subsección 1 de la Sección 7 del Capítulo 7 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1079 de 2015, el cual quedará así:*
>
> "***Artículo 2.2.1.7.7.1.4. Omisiones en el registro inicial de un vehículo de transporte de carga**. **Los propietarios, poseedores o tenedores de buena fe exenta de culpa,** que presenten las siguientes omisiones en el registro inicial de un vehículo de carga, y que tengan conocimiento de esta circunstancia, podrán postular voluntariamente su vehículo para la normalización de trámites a través del RUNT:*
>
> *1. Vehículos cuyo registro inicial se realizó sin la certificación de cumplimiento de requisitos o sin la certificación de aprobación de la caución expedida por el Ministerio de Transporte de acuerdo con las normas vigentes para ese momento, y respecto de los cuales, con posterioridad a la fecha de su registro inicial, fue expedido el respectivo certificado por el Ministerio de Transporte.*
>
> *2. Vehículos cuyo registro inicial se realizó sin la certificación de cumplimiento de requisitos o sin la certificación de aprobación de la caución expedida por el Ministerio de Transporte de acuerdo con las normas vigentes para ese momento, y respecto de los cuales nunca fue expedido el respectivo certificado.*
>
> *3. Vehículos matriculados con la certificación de cumplimiento de requisitos o la certificación de aprobación de la caución expedida por el Ministerio de Transporte de acuerdo con las normas vigentes para ese momento, y que estaba destinada al registro de otro vehículo, aún si el mismo fuese utilizado o no.*
>
> *4. Vehículos matriculados con la certificación de cumplimiento de requisitos o la certificación de aprobación de la caución, no expedidos por el Ministerio de Transporte"* (Resalta la Sala).

El artículo 5º del Decreto 153 de 2017 dispone que la normalización del registro de los vehículos mencionados se hará sin perjuicio de las investigaciones disciplinarias, administrativas, civiles y penales en curso o que se puedan iniciar, relacionadas con los hechos de los registros iniciales, en lo cual coincide con el punto 2 del Acuerdo para la Reforma

Estructural del Transporte de Carga por Carretera, suscrito el 22 de julio de 2016. Dice este artículo lo siguiente:

> ***"Artículo 5°.*** *Modifíquese el artículo 2.2.1.7.7.1.11 de la Subsección 1 de la Sección 7 del Capítulo 7 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1079 de 2015, el cual quedará así:*
>
> ***Artículo 2.2.1.7.7.1.11. Acciones****. La subsanación de las omisiones de que trata la presente Subsección se adelantará sin perjuicio de las investigaciones disciplinarias, administrativas, civiles y penales, en curso o a las que haya lugar, relacionadas o conexas con estos hechos".*

El artículo 6º del Decreto 153 de 2017 establece los requisitos para la normalización del registro en esta forma:

> ***"Artículo 6°.*** *Modifíquese el artículo 2.2.1.7.7.1.7 de la Subsección 1 de la Sección 7 del Capítulo 7 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1079 de 2015, el cual quedará así:*
>
> *"**Artículo 2.2.1.7.7.1.7. Normalización del trámite para los vehículos descritos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2.2.1.7.7.1.4 del presente decreto**. Para subsanar las omisiones presentadas en el registro inicial de un vehículo de transporte de carga, descritas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2.2.1.7.7.1.4 del presente decreto, **el propietario, poseedor o tenedor de buena fe exenta de culpa del vehículo podrá:***
>
> *a) Desintegrar otro vehículo de carga que cumpla con las equivalencias establecidas en el artículo 2.2.1.7.7.3 de este decreto o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*
>
> *b) Cancelar el valor de la caución que debió constituir para el momento de la matrícula inicial del vehículo.*
>
> *Los recursos recibidos por este concepto se destinarán de conformidad con las normas que regulan la materia.*
>
> *c) Utilizar los certificados de cumplimiento de requisitos que no hayan sido utilizados con anterioridad para la reposición de un vehículo de carga.*
>
> *Parágrafo 1°. El Ministerio de Transporte regulará lo dispuesto en los literales a), b) y c) del presente artículo, en un término no mayor a un mes.*
>
> *Parágrafo 2°. Cuando para subsanar las omisiones presentadas en el registro inicial de un vehículo de transporte de carga, descritas en los numerales 3 y 4 del artículo 2.2.1.7.7.1.4 del presente decreto, se dé aplicación a lo dispuesto en el literal a) del artículo 2.2.1.7.7.1.7, **el propietario, poseedor o tenedor de buena fe exenta de culpa***

*del vehículo deberá agotar el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.7.7.1.8 del presente decreto.*

*Parágrafo 3°. Los organismos de tránsito deberán conservar los expedientes de los vehículos que presenten omisiones en el registro inicial, así como los documentos soportes del proceso de normalización del trámite de registro inicial, con el fin de tener a disposición de las autoridades competentes copia de los mismos y facilitar así las investigaciones señaladas en el artículo 2.2.1.7.7.1.11 del presente decreto"* (Destaca la Sala).

4. La Resolución No. 332 del 15 de febrero de 2017 del Ministerio de Transporte, *"Por la cual se definen las condiciones y el procedimiento de los trámites inherentes a la política pública de modernización del parque automotor de carga y se dictan otras disposiciones"*, comprende en el Capítulo VIII "Normalización", los artículos 55 "Instrumentos de Normalización", 56 "Normalización por desintegración", 57 "Normalización por caución", 58 sobre el pago del valor de la caución, y 59 "Normalización con certificados de cumplimiento de requisitos". Estas normas siempre se refieren al propietario, poseedor o tenedor de buena fe exenta de culpa, como la persona facultada para hacer el trámite de la normalización del registro inicial del vehículo de carga que haya presentado omisiones en el cumplimiento de los requisitos.

Ahora bien, se observa que la normativa relacionada se encuentra orientada hacia los propietarios, poseedores y tenedores de buena fe exenta de culpa, de vehículos que presentan omisiones de requisitos del registro inicial de los mismos y que por ventas, permutas, traspasos o entregas, estos tienen en su poder y por ende, desean normalizar el registro para operar correctamente y, con sujeción a la ley, prestar el servicio público de transporte de carga. Es a ellos a quienes se confiere el derecho de solicitar y adelantar el trámite de la normalización.

Las tres primeras preguntas de la consulta se refieren a si las medidas administrativas especiales y transitorias de saneamiento o normalización del registro inicial de los vehículos de carga, pueden entorpecer o impedir la continuidad de los procesos penales que, en la actualidad, cursan en la Fiscalía General de la Nación por la comisión de una presunta conducta punible que contribuyó a la obtención de uno de los requisitos del registro inicial. Asimismo, si estas medidas pueden dar lugar al archivo o la preclusión de la investigación, o afectar el inicio de las acciones penales, administrativas y disciplinarias por la omisión en el cumplimiento de alguno de los requisitos del registro inicial.

Al efecto, resulta acertado deducir que las medidas administrativas no tienen dichas consecuencias, por cuanto el derecho a solicitar la normalización y adelantar el respectivo trámite administrativo, se otorga a los propietarios, poseedores y tenedores de buena fe exenta de culpa de los vehículos afectados, no a las personas investigadas o acusadas penal o disciplinariamente por las presuntas conductas punibles o faltas administrativas encontradas respecto de los registros iniciales de tales vehículos, de manera que las investigaciones correspondientes pueden continuar en relación con ellas.

Es claro que si de tales investigaciones se llega a establecer responsabilidad de estas personas por las omisiones (irregularidades o comisión de delitos) presentadas con el registro del vehículo, la conclusión resulta obvia, en el sentido de que no tenían, ni tienen derecho a normalización o saneamiento alguno, y por ende, cualquier actuación administrativa que les adjudicara un derecho deberá estar condicionada a que tengan y mantengan la calificación de propietarios, poseedores o tenedores de buena fe. De lo contrario, no podrán ser acreedores a beneficiarse de las medidas transitorias a que se ha hecho alusión.

En efecto, las personas investigadas, acusadas, y que resulten responsables en los respectivos procesos penales o administrativos, no están facultadas por las disposiciones de normalización del registro de tales vehículos, de modo que no pueden alegar que han subsanado las conductas que dieron lugar a las inconsistencias presentadas en el registro inicial y no pueden pretender por tanto, algún beneficio derivado de esa circunstancia.

Estas mismas personas no pueden alegar en su favor que terceras personas propietarias, poseedoras o tenedoras de buena fe exenta de culpa, de vehículos afectados, solicitaron el trámite de normalización del registro de esos vehículos, por cuanto dicho trámite es posterior a la presunta comisión de las conductas punibles o faltas disciplinarias que ocurrieron en el pasado y que dieron origen a tales procesos. Como se observa, la normalización es un trámite nuevo, distinto del referente al registro inicial que presentó la omisión de requisitos.

En otros términos, si se tipificó la presunta conducta punible o falta disciplinaria en el pasado, esta no desaparece por el hecho de que un tercero de buena fe exenta de culpa, ajeno por tanto a dicha conducta o falta, sanee o normalice el registro inicial del vehículo que tuvo alguna omisión en el cumplimiento de los requisitos.

En síntesis, el trámite de normalización del registro de vehículos de servicio público de transporte de carga establecido en las normas mencionadas, no puede entorpecer o impedir la continuidad de los procesos penales o disciplinarios actualmente en curso, por las presuntas conductas punibles o faltas disciplinarias cometidas para la obtención de requisitos del registro inicial de tales vehículos.

Finalmente para la Sala resulta importante referirse a tres situaciones que son desarrolladas en el Decreto 153 de 2017 y en la Resolución 332 de 2017, como medidas que pretenden normalizar la situación de estos vehículos; en especial, en lo atinente a los literales b) y c) del artículo 6º del decreto citado, que modifica el Decreto 1079 de 2015:

En primer lugar, en el literal b) de la norma citada se señala que el propietario, poseedor o tenedor de buena fe podrá cancelar la caución *"que debió constituir"* para el trámite de la matrícula inicial. Según se deduce, se refiere a una situación jurídica que existía hasta la vigencia de los Decretos 486 y 1250 de 2013, donde existía la opción de la reposición o de la obligación de efectuarla con caución (Decreto 3525 de 2005). Es decir, después de la expedición de estos decretos la caución no era una opción válida, razón por la cual, no tendría aplicación con posterioridad a la fecha en que se eliminó este requisito.

En segundo lugar, en cuanto a la normalización por caución y su pago (Resolución 332 de 2017), para que resulte una opción adicional a la desintegración del vehículo, ella deberá ser razonable y proporcional al valor del vehículo desintegrado.

En tercer lugar, el Decreto 153 de 2017 se refiere en el literal c) de la norma citada a un tercer tipo de omisión, que puede ser objeto de normalización, relacionado con vehículos matriculados con una certificación del Ministerio de Transporte que estaba destinada a otro vehículo, como una grave irregularidad.

Para la Sala, si la persona que pretende la normalización era conocedora de este hecho u omisión, desaparece su calidad de propietario, poseedor o tenedor de buena fe y no tendrá derecho a dicha normalización.

En el mismo sentido, sobre la facultad de subsanar requisitos, para utilizar certificados de cumplimiento que no hayan sido utilizados con anterioridad, se considera que dicha situación sería viable y aplicable cuando se refiera a certificados de vehículos de carga similares o en grados de equivalencia que determine el Ministerio.

### B. La buena fe exenta de culpa

Como se ha visto en el capítulo anterior, las medidas especiales y transitorias tendientes a normalizar los registros iniciales de vehículos de transporte de carga que han presentado inconsistencias, se encuentran dirigidas a los propietarios, poseedores o tenedores de buena fe exenta de culpa.

El principio de la buena fe se encuentra incorporado en la Constitución Política de 1991, en el artículo 83, el cual establece lo siguiente:

> ***"Artículo 83.*** *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".*

Este principio se encuentra contemplado en varias normas legales con la finalidad de garantizar la correcta y adecuada convivencia de las personas naturales y jurídicas en sus actuaciones y en sus relaciones contractuales y comerciales.[473]

Ahora bien, se observa que las mencionadas normas de normalización del registro de vehículos de servicio público de transporte de carga, exigen que el propietario, poseedor o tenedor del vehículo que va a solicitar el trámite de normalización, sea de buena fe **exenta de culpa**, con lo cual se está aludiendo a la llamada buena fe objetiva o cualificada, que es de mayor jerarquía que la buena fe subjetiva o simple, como lo ha señalado la

473 Así, por ejemplo, el artículo 1603 del Código Civil dispone:
*"**Artículo 1603.** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".*
*El Código de Comercio contiene una norma similar. Su artículo 871 establece:*
*"**Artículo 871.** Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo 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".*
La Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, también consagra el principio de la buena fe en sus artículos 5º y 28.

Corte Constitucional en la Sentencia C-795 del 30 de octubre de 2014, en la cual sostuvo lo siguiente:

> "(…) Desde esta perspectiva, para proceder a la compensación debe tratarse de un tercero que haya conseguido probar la buena fe exenta de culpa, la cual *"se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente, sino también la presencia de un comportamiento encaminada a verificar la regularidad de la situación".*[474] Esta Corporación en la sentencia C-740 de 2003 reiteró la distinción entre la buena fe simple y la buena fe cualificada:
>
> *'La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones. El Código civil, al referirse a la adquisición de la propiedad, la define en el artículo 768 como la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Esta buena fe se denomina simple, por cuanto, si bien surte efectos en el ordenamiento jurídico, estos sólo consisten en cierta protección que se otorga a quien así obra. Es así que, si alguien de buena fe adquiere el derecho de dominio sobre un bien cuyo titular no era el verdadero propietario, la ley le otorga ciertas garantías o beneficios, que si bien no alcanzan a impedir la pérdida del derecho si aminoran sus efectos. Tal es el caso del poseedor de buena fe condenado a la restitución del bien, quien no será condenado al pago de los frutos producidos por la cosa (C.C. art. 964 párr. 3º); o del poseedor de buena fe que adquiere la facultad de hacer suya la cosa poseída (C:C: arts. 2528 y 2529).*
>
> *Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.*
>
> *La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: "Error communis facit jus", y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que "Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa'".*

En consecuencia, es preciso concluir de acuerdo con la noción de la buena fe exenta de culpa explicada por la Corte Constitucional, que en la situación objeto de análisis, el

474 Nota de la Corte: Sentencia C-820 de 2012.

propietario, poseedor o tenedor del vehículo que va a efectuar el trámite de normalización del registro del vehículo, debe ser de buena fe exenta de culpa, lo cual significa que debe demostrar que actuó de manera prudente y diligente al adquirir o recibir el vehículo, y que pese a su precaución y cuidado no le era factible enterarse de que había alguna inconsistencia en el registro inicial del vehículo, pues de saberlo se habría abstenido de realizar el negocio o el traspaso.

### C. La cancelación del registro de un vehículo matriculado con omisión de requisitos y la improcedencia de su posterior saneamiento

La cuarta pregunta de la consulta parte de esta hipótesis: *"En el evento que el proceso penal que actualmente curse tenga como consecuencia la cancelación del registro del vehículo matriculado con omisión de requisitos* ***y posteriormente*** *saneado"* (Resalta la Sala), para formularla luego en los siguientes términos: *"¿Qué consecuencias acarrearía para este Ministerio, al haber autorizado el saneamiento vía administrativa del registro del vehículo?".*

En la hipótesis mencionada, se observa que si el proceso penal tiene como consecuencia la cancelación del registro del vehículo matriculado con omisión de requisitos, el registro de dicho vehículo no se puede sanear o normalizar posteriormente, ya que las medidas administrativas especiales y transitorias para la normalización del registro de vehículos de servicio público de transporte de carga, contenidas en los Decretos 1514 y 1517 de 2016 y 153 de 2017 y la Resolución No. 332 de 2017 del Ministerio de Transporte, se refieren a vehículos de carga que se encuentran actualmente con el registro vigente, pese a que se hizo con omisión de alguno de sus requisitos, no a aquellos cuyo registro ha sido cancelado, anulado o revocado. En consecuencia, en la hipótesis planteada, el Ministerio de Transporte no podría autorizar el saneamiento vía administrativa del registro del vehículo, por sustracción de materia.

Ahora bien, si la hipótesis corresponde a la consecuencia de una orden de cancelación del registro emanada del proceso penal, es claro que la decisión del juez debe cumplirse, así el registro del vehículo haya sido objeto de normalización, pues se trataría de una orden judicial. En este evento, la Sala sugiere que se informe de esta posibilidad y dejar en claro esta salvedad a quienes solicitan la normalización del registro, con el fin de prevenir futuras controversias.

### D. El deber de denuncia del servidor público, de una presunta conducta punible en el evento de saneamiento

El último interrogante de la consulta se refiere a si en el evento de saneamiento, se evidencia una presunta conducta punible, se deben efectuar las denuncias respectivas o en estos eventos no es viable autorizar el saneamiento.

Al efecto, se observa que la Constitución Política dispone en el artículo 95, numeral 7, que es deber de la persona y del ciudadano *"Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia".*

Por otra parte, el artículo 34, numeral 24, de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, *"Por la cual se expide el Código Disciplinario Único",* establece el deber de denuncia del servidor público, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 34. Deberes.*** *Son deberes de todo servidor público:*
>
> *(…)*
>
> *24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.*
>
> *(…)".*

Finalmente, el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, *"Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal",* dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 67. Deber de denunciar.*** *Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.*
>
> *El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente".*

Con base en estas normas, se debe observar que si se está adelantando un trámite de saneamiento del registro inicial de vehículos de carga y se evidencia una presunta conducta punible, lo procedente por parte del servidor público que tiene conocimiento de ello, es que presente la denuncia penal correspondiente y suspenda o solicite la suspensión al funcionario competente, del trámite del saneamiento, pues si este continúa, se presentaría una inconsistencia en el trámite y el servidor público podría verse expuesto eventualmente, a ser investigado como coautor o partícipe en el hecho.

## IV. LA SALA RESPONDE

*"1. ¿Con la adopción de una medida administrativa especial y transitoria mediante Decreto, que permita subsanar la omisión en el cumplimiento de alguno de los requisitos de registro inicial de un vehículo de carga, se entorpecería el proceso penal que en la actualidad cursa ante la Fiscalía General de la Nación por la comisión de una presunta conducta punible que contribuyó a la obtención de uno de los requisitos administrativos para registro inicial?"*

*"2. ¿De ser viable el saneamiento de los vehículos que se encuentran en los supuestos mencionados en el presente documento, las autoridades competentes que adelantan los procesos pertinentes, podrían continuar con los mismos? ¿Esta medida podría ocasionar el archivo o la preclusión de la investigación?"*

*"3. ¿La adopción de una medida administrativa especial y transitoria que permita subsanar la omisión en el cumplimiento de alguno de los requisitos de registro inicial de un vehículo de carga, afectaría el inicio de las acciones penales, administrativas y disciplinarias pertinentes?"*

La adopción de medidas administrativas especiales y transitorias, como las que se han tomado mediante los Decretos 1514 y 1517 de 2016 y 153 de 2017 y la Resolución No. 332 de 2017 del Ministerio de Transporte, para normalizar el registro inicial de vehículos de servicio público de transporte de carga, se encuentran dirigidas a los propietarios, poseedores y tenedores de buena fe exenta de culpa de dichos vehículos, los cuales son quienes pueden solicitar la normalización. En consecuencia, tales medidas no pueden entorpecer o impedir la continuidad de los procesos penales que en la actualidad, cursan en la Fiscalía General de la Nación por la comisión de una presunta conducta punible que contribuyó a la obtención de uno de los requisitos del registro inicial, ni ocasionar el archivo o la preclusión de la investigación. Asimismo, no afectan el inicio de las acciones penales, administrativas y disciplinarias por la omisión en el cumplimiento de alguno de los requisitos del registro inicial.

Las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación por la presunta existencia de una conducta punible o las investigaciones disciplinarias, deben iniciarse, proseguirse y culminarse sin que pueda entenderse, en ningún caso, que las medidas administrativas que puedan tomarse para la normalización del registro, afecten la responsabilidad penal que determine la autoridad judicial. Además, las medidas de normalización del registro solo están previstas para propietarios, poseedores o tenedores de buena fe, y así debe quedar expresamente advertido y condicionado en los actos administrativos correspondientes.

*"4. En el evento que el proceso penal que actualmente curse tenga como consecuencia la cancelación del registro del vehículo matriculado con omisión de requisitos y posteriormente saneado. ¿Qué consecuencias acarrearía para este Ministerio, al haber autorizado el saneamiento vía administrativa del registro del vehículo?"*

Si el proceso penal tiene como consecuencia la cancelación del registro del vehículo matriculado con omisión de requisitos, el registro de dicho vehículo no se puede sanear o normalizar posteriormente, ya que las medidas administrativas especiales y transitorias para la normalización del registro de vehículos de servicio público de transporte de carga, contenidas en los Decretos 1514 y 1517 de 2016 y 153 de 2017 y la Resolución No. 332 de 2017 del Ministerio de Transporte, se refieren a vehículos de carga que se encuentran actualmente con el registro vigente, pese a que se hizo con omisión de alguno de sus requisitos, no a aquellos cuyo registro ha sido cancelado, anulado o revocado. En consecuencia, en la hipótesis planteada, el Ministerio de Transporte no podría autorizar el saneamiento del registro del vehículo vía administrativa, por sustracción de materia.

Si la hipótesis corresponde a la consecuencia de una orden de cancelación del registro emanada del proceso penal, es claro que la decisión del juez debe cumplirse, así el registro del vehículo haya sido objeto de normalización, pues se trataría de una orden judicial.

*"5. Teniendo en cuenta el deber de denuncia de los funcionarios públicos, en el evento de saneamiento al evidenciar la presunta falta penal, ¿se deberán efectuar las denuncias respectivas o en estos casos no es viable autorizar el saneamiento?".*

Sí, es deber de los servidores públicos instaurar la respectiva denuncia, en el evento de saneamiento al evidenciar una presunta conducta punible. Además, no es viable autorizar el saneamiento o normalización ante la existencia de una irregularidad en el cumplimiento de los requisitos de los Decretos 1514 y 1517 de 2016 y 153 de 2017 y la Resolución No. 332 de 2017 del Ministerio de Transporte.

Remítase al señor Ministro de Transporte 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.

**3. Amigable composición.**

**Radicado 2338**

Fecha: 12/12/2017
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante oficio 21174 del 1 de junio de 2018

El Ministerio del Interior consulta a la Sala sobre el mecanismo de la amigable composición, el alcance y vinculatoriedad de las decisiones proferidas en el marco de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

## I. ANTECEDENTES

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

1. La Gobernación del Valle del Cauca y la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A E.S.P –Acuavalle S.A. ESP–, suscribieron convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009, con el objeto de "*aunar esfuerzos técnicos y financieros para realizar la asistencia técnica, elaborar diseños, interventoría integral y el desarrollo temporal de la gerencia asesora para el departamento del valle del cauca dentro del marco del Plan Departamental de Agua y Saneamiento Básico –PDA, para el manejo empresarial de los servicios de acueducto, aseo y alcantarillado*".

2. Según lo manifestó el Ministerio, factores de orden nacional, regional y local afectaron la ejecución del convenio y llevaron a las partes a suscribir el 7 de octubre de 2011 acta de suspensión del mismo, con fines de terminación anticipada y liquidación. La suspensión fue prorrogada hasta el 15 de diciembre de 2011 y el día 30 de diciembre del mismo año, se suscribió acta de terminación anticipada por mutuo acuerdo.

3. La Gobernación del Valle del Cauca y Acuavalle S.A. ESP instalaron mesas de trabajo a efectos de realizar el balance técnico y financiero del convenio y definir su liquidación. Luego de dos años de trabajo, las partes no lograron llegar a un acuerdo directo y se optó por acudir al mecanismo de la amigable composición contemplado en la cláusula décima séptima del convenio, la cual es del siguiente tenor:

> "***Décima séptima. Solución de Controversias:*** *Si durante la ejecución del Convenio se llegaren a presentar controversias que impidan la ejecución normal del Convenio, las partes, para su solución, agotarán inicialmente la etapa de arreglo directo a través de sus representantes o delegados formalmente designados. Si no se llega a un acuerdo, las partes contratantes buscarán los medios pertinentes para solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de las actividades contractuales. Para tal efecto al surgir la diferencia acudirán al empleo de los mecanismos de solución de la controversia contractual y a la conciliación, amigable composición y transacción, y en última instancia ante el Juez competente".*

4. Considerando lo anterior, la empresa Acuavalle S.A E.S.P acudió ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle del Cauca y convocó a la Gobernación a un proceso de amigable composición para resolver las diferencias surgidas entre las partes. Las pretensiones de Acuavalle S.A E.S.P fueron las siguientes:

   *"a. En caso de definirse la liquidación del convenio sobre la base del avance parcial del mismo, Acuavalle S.A E.S.P estima que la Gobernación le adeudaría la suma de $10.580.609.492…*

   *b. Como pretensión alternativa Acuavalle S.A ESP, incluye la ´posible definición de la continuidad del convenio´, lo cual implicaría un corte de cuentas sobre el avance parcial alcanzado y una proyección sobre los tiempos y costos de las labores pendientes por ejecutar para la consecución del objeto del convenio. En este caso la liquidación definitiva se realizaría al terminar el periodo que se defina para la culminación de las actividades faltantes del convenio".*[475]

5. La audiencia de instalación del mecanismo de amigable composición se llevó a cabo el 10 de abril de 2014, se definió el procedimiento y las etapas. Según se infiere de los documentos aportados con la consulta, las partes contaron con representación en las audiencias y participaron en igualdad de oportunidades durante el trámite de la referencia.

6. La audiencia final se realizó el 11 de septiembre de 2015. El amigable componedor en el Convenio de composición decidió: **(i)** liquidar parcialmente el convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009 y, **(ii)** continuar con la ejecución del mismo por un plazo de 11 meses, correspondiente al tiempo que faltaba al momento de su suspensión; este plazo podría ser prorrogable según la programación de obra.

7. La decisión del amigable componedor se consignó en el documento denominado "Convenio de Composición", en el que se indicó:

   *"En consideración a las evaluaciones y consideraciones presentadas en el presente Convenio de Composición, con fundamento en el análisis y valoración de los hechos, actuaciones, pruebas aportadas, verificación y sustentos técnico y legal del equipo asesor, el Amigable Componedor obrando en equidad, para cumplir con la facultad delegada por la Partes tendiente a definir con fuerza vinculante la controversia contractual de libre disposición sometida a su consideración decide liquidar parcialmente el Convenio 0832 de 2009 conforme al consolidado de ejecución contenido en el* ***ANEXO 1*** *y continuar la ejecución del convenio por un plazo igual a 11 meses, o sea el tiempo que faltaba para su vencimiento al momento de la primera suspensión el 07 de octubre de 2011, conforme al Acuerdo de Composición contenido en el* ***ANEXO 2****. De acuerdo con lo anterior y con el fin de implementar esta solución el amigable componedor les presenta a*

475 Procedimiento de amigable composición. Convenio de composición. Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. Asociación de Ingenieros del Valle, p. 6-7.

*las Partes estos dos documentos que sustentan la decisión del amigable componedor; y, al tenor de lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y la Sentencia de la Corte Constitucional T-017 de 2005, les solicita a las Partes suscribir el Acuerdo de Composición. Consecuentemente,* ***estos dos documentos: EL ANEXO 1: Liquidación parcial del Convenio 0832 de 2009 y el ANEXO 2: Acuerdo de composición, hacen parte integral del presente Convenio de Composición"***[476]***.***

8. Según se indica por parte del Ministerio, ni el Departamento del Valle del Cauca ni Acuavalle S.A. ESP suscribieron el Acuerdo de Composición ni sus respectivos anexos 1 y 2. En tal sentido, el Ministerio manifiesta que la decisión tomada por el amigable componedor no ha sido aplicada por las partes, "*debido a las inquietudes existentes frente a la obligatoriedad del convenio de composición*".

9. Con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, mediante auto del 5 de octubre de 2017 se solicitó al Ministerio del Interior documentación que permitiera ampliar la información sobre el asunto de la referencia, a efectos de absolver las preguntas elevadas a la Sala. En tal sentido se requirió lo siguiente:

   **(i)** Certificado de existencia y representación legal y escritura pública Nº 3543 del 16 de julio de 1959 de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P-Acuavalle S.A.

   **(ii)** Solicitud de convocatoria –y adiciones, en caso de existir- del mecanismo de amigable composición radicada por la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P-Acuavalle S.A, en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle del Cauca.

   **(iii)** Respuesta o contestación de la Gobernación del Valle del Cauca –y adiciones, en caso de existir- respecto de la solicitud de convocatoria formulada por la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P-Acuavalle S.A.

   **(iv)** Actas de las audiencias proferidas en el trámite del mecanismo de la amigable composición surtido ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle del Cauca.

   **(v)** Documento AC-GER 8995 del 05 de diciembre de 2012 suscrito por el gerente de Acuavalle S.A E.S.P y Oficio del 12 de septiembre de 2012 remitido por el Supervisor del Convenio. Ambos documentos fueron citados en el Convenio de Composición (Pág. 000005)

   **(vi)** Sírvase informar si se cancelaron los costos, gastos y honorarios por los servicios prestados por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Compo-

476 Ibíd, p. 108.

sición de la Asociación de Ingenieros del Valle del Cauca. De existir, adjuntar las constancias de pago e indicar quién realizó el pago respectivo.

**(vii)** Cualquier otra documentación que tenga relación con la consulta de la referencia.

10. No obstante lo anterior, mediante informes de la Secretaría de la Sala del 17 de octubre de 2017 y del 1 de diciembre de 2017, se constató que la información no había sido allegada, por tal motivo la Sala de Consulta y Servicio Civil da respuesta a las preguntas formuladas con la información que reposa en el expediente.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Resulta jurídicamente viable acudir al mecanismo de la amigable composición en la etapa de liquidación del convenio interadministrativo No. 0832 de 2009, pese a lo establecido en la cláusula décima séptima del referido convenio en cuanto a la etapa convencional para hacerlo?*

2. *¿Cuáles eran los alcances o límites de la decisión del amigable componedor en el caso concreto, y si podía llegar a revocar la decisión de terminar de mutuo acuerdo el Convenio y ordenar su continuidad por las obligaciones que se encontraban pendientes?*

3. *¿Qué efectos tiene la decisión adoptada en el convenio de composición en el caso concreto, teniendo en cuenta que el documento denominado "acuerdo de composición" aún no ha sido suscrito por las partes?*

4. *¿Cuál es el camino jurídico que debería seguir la Gobernación del Valle del Cauca en el caso concreto, esto es, si debe ejecutar la decisión del amigable componedor en los términos allí establecidos o si debe demandar la decisión por alguna causal que afecte su validez o eficacia?*

## II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las preguntas objeto de consulta, la Sala considera necesario referirse a los siguientes temas: **i)** La amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos: aspectos generales, elementos característicos, alcance y efectos. **ii)** caso concreto.

### 1. La amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos

#### 1.1. Aspectos generales

La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en virtud del cual, las partes de un contrato delegan en un tercero o amigable componedor, la

facultad de decidir de manera vinculante un conflicto surgido en la relación negocial. La decisión del amigable componedor -que no ejerce función jurisdiccional[477]- representa los compromisos voluntarios que asumen las partes del contrato con efectos de transacción.

El ordenamiento jurídico colombiano consagró en el artículo 677 del Decreto 1400 de 1970[478] -Código de Procedimiento Civil- la figura de los amigables componedores para las controversias susceptibles de transacción, señalando que la declaración de los componedores tendría valor contractual. En este sentido el Decreto 2279 de 1989 por medio del cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares, contempló el referido mecanismo en sus artículos 49 a 52[479], decreto que fue adicionado por el artículo 116 de la Ley 23 de 1991, el cual precisó que, previo acuerdo, las partes designarían a los amigables componedores o definirían su nombramiento a través de un tercero.

Posteriormente la Ley 446 de 1998 –que derogó las disposiciones relacionadas con la amigable composición contenidas en el Decreto 2279 de 1989 y en la Ley 23 de 1991- trató la figura en sus artículos 130 a 132[480]. En esta regulación se definió a la amigable composición como un mecanismo de solución de conflictos "*por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular*". –subrayas fuera de texto-

Con la expedición de esta ley se presentó una diferencia interpretativa sobre la procedencia de aplicar la amigable composición para entidades públicas o solamente entre particulares. En su momento, la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró que la Ley 446 de 1998 había derogado parcialmente el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, que de manera expresa facultaba a las entidades regidas por el estatuto general de contratación, a solucionar sus diferencias acudiendo entre otros, a la amigable composición.

---

477 *"…[L]a amigable composición resulta ser una simple modalidad de transacción, es decir, una transacción en la que el acuerdo final no es celebrado por las partes mismas, sino por otra u otras personas, que actúan como mandatarios con representación de aquellas. Téngase en cuenta que la amigable composición siempre persigue lo mismo que la transacción, terminar con un litigio pendiente o evitar uno eventual, ajustándose así a la definición que sobre el tema de la transacción trae el Código Civil.*
*Además de lo anterior, también hay que aclarar que los componedores son mandatarios con representación, toda vez que ellos reciben el encargo de celebrar un acto jurídico (el acuerdo transaccional) por cuenta o a nombre de las partes cumpliéndose así con el elemento esencial de todo mandato.*
*En beneficio de esta tesis, es universalmente admitido por la doctrina que, la amigable composición es una solución contractual de la controversia, en la que quienes deciden no son más que delegados autorizados por las partes involucradas en el conflicto para precisar la suerte del mismo, que nada tiene que ver, ni con un laudo arbitral que equivale a una sentencia, ni con un acta de conciliación que es la voluntad de las partes de poner fin a un conflicto.*
*(…)*
*La decisión de los amigables componedores no es una sentencia, pero tiene fuerza vinculante para las partes, es decir, se trata de consignar la solución en una transacción, la que no es elaborada por los protagonistas del conflicto, sino por el amigable componedor en cumplimiento de un mandato emanado de ellas". LEZCANO MIRANDA, Martha Eugenia. La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos. 3ra edición 2016. Biblioteca Jurídica Diké, 2016, p. 517-519.*

478 El artículo es del siguiente tenor: *"Artículo 677. Amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de éstos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral"..*

479 El Decreto 2279 establecía: *"Artículo 51. Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción".*

480 *"Artículo 130. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural".*
*"Artículo 131. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción".*
*"Artículo 132. Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica".*
Cabe destacar que el Decreto 1818 de 1998 por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, compiló las normas relacionadas con los mecanismos alternativos de solución de conflictos y trató la amigable composición en sus artículos 223 a 225.

A la luz de una interpretación literal de la Ley 446 de 1998 en concepto 1246 del año 2000 la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló:

> *"El Código de Procedimiento Civil de 1970, artículo 677, prevé la amigable composición; adoptada luego por los artículos 51 y 52 del decreto 2279 de 1989, adicionado por el artículo 116 de la ley 23 de 1991, es un medio de solución de conflictos, por el cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular (arts. 130, 131 y 132, ley 446 de 1998).*
>
> *La ley no regula el trámite de la amigable composición, y por tanto, deja a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente.*
>
> *La decisión no tiene carácter judicial ya que los amigables componedores sólo obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, pero no con la fuerza procesal de la sentencia. Por tanto, los amigables componedores no están investidos de jurisdicción.*
>
> *Además en la materia que ocupa a esta Sala, su autorización no está dada a las entidades estatales, pues sólo es aplicable a los particulares".*[481] *–Subrayas fuera de texto–*

Esta posición fue reiterada por la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 1952 del año 2009. En esta oportunidad, atendiendo entre otros, a los criterios de especialidad, norma posterior en el tiempo y a las competencias y facultades expresas de la administración, la Sala señaló lo siguiente:

> *"En consecuencia, las normas vigentes para 1994 establecían que las partes de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción, estaban facultadas para acudir a la amigable composición, incluidas las entidades públicas, no sólo porque el legislador no distinguía la calidad de las partes, sino porque así lo autorizaba la ley 80 de 1993.*
>
> *Ello fue así hasta que entró en vigencia la ley 446 de 1998, el 8 de julio de 1998, pues derogó*[482] *los artículos 47 a 54 del decreto 2279 de 1989 y el artículo 116 de la ley 23 de 1991, momento a partir del cual el mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición está regido por la ley 446.*
>
> *Como se aprecia en el artículo 130 trascrito al comienzo de este capítulo, la celebración de un contrato o el pacto de una cláusula convencional que contenga la amigable composición, sólo es posible para los particulares, locución que en derecho colombiano excluye a las entidades estatales. Esta constatación tiene como consecuencia que*

481 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza. Marzo dieciséis del dos mil (2000). Radicación No. 1.246.

482 Artículo 167.

*el artículo 68 de la ley 80 de 1993 en tanto permitía que este tipo de entidades acudiera a tal institución se encuentra derogado parcialmente*[483].

*La Sala considera que la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, no sólo porque éste es un mecanismo de solución de conflictos autónomo, sino porque las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y el patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal.*

*A manera de discusión podría afirmarse que no se presenta tal derogatoria en virtud de la especialidad de la ley 80 de 1993, la cual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la que primaría sobre la ley 446 de 1998. Sin embargo, ésta última es también especial en su materia, pues regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en particular el título III está dedicado a la amigable composición. Ante la especialidad de ambas normas, debe aplicarse la posterior, y por tanto la anterior debe entenderse derogada en cuanto a ese específico mecanismo.*

*Podría alegarse también a favor de la vigencia de la amigable composición para entidades estatales, que el decreto 1818 de 1998 "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", incluye las prescripciones del artículo 68 de la ley 80 en su artículo 226 que hace parte del capítulo de controversias contractuales mas no en el de la amigable composición. De esta manera, el acto administrativo compilatorio no consideró derogada dicha disposición y estaría produciendo efectos. Sin embargo, tal argumento carece de soporte jurídico, por dos razones: como lo dispone el artículo 14 de la ley 153 de 1887, una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan y, en segundo lugar, porque un acto administrativo no puede determinar la vigencia de una ley"*[484] –subrayas fuera de texto–

Ahora bien, esta posición no fue pacífica al interior de la Corporación, toda vez que la Sección Tercera en su oportunidad señaló que el mecanismo de la amigable composición sí podía ser empleado por entidades públicas, acudiendo, entre otras razones, al criterio de especialidad de la Ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal y a que la Ley 446 no había regulado de manera íntegra la materia contenida en el artículo 68 del estatuto de contratación. A la luz de estos razonamientos la Sección Tercera señaló:

*"Teniendo en cuenta el contenido normativo de las leyes citadas, la Sala advierte que por virtud del artículo 130 de la Ley 446 de 1998 no se derogó el inciso 2º del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, acerca de la competencia de las entidades estales para celebrar el acuerdo de amigable composición. Para ello, se apoya en el siguiente razonamiento:* ***i)*** *la Ley 80 es una ley especial para la contratación estatal,* ***ii)*** *la Ley 80 de 1993 no es*

483 En la doctrina nacional, el Dr. Rafael H. Gamboa Serrano comenta lo siguiente: *"La única restricción que se tiene es que el Estado no puede acudir a la amigable composición, pues ella está prevista para conflictos entre particulares: "por medio del cual, dos o más particulares" como expresa el artículo 130 de la citada Ley 446 de 1998, y está bien que así sea en el ámbito interno, porque el Estado no puede estar sometido a los vaivenes de los caprichos del funcionario de turno que pactare la solución de la amigable composición" "Arbitramento. Ubicación y Recursos". Revista Universitas*, Bogotá. No. 110, pp. 551-552.

484 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009). Radicación No. 11001-03-06-000-2009-00033-00 (1.952.)

*incompatible con las disposiciones acerca de los medios de solución de conflictos definidos en la Ley 446 de 1998 y* ***iii)*** *la Ley 446 de 1998 no reguló integralmente la misma materia del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que éste último artículo se refirió a la competencia de las entidades estatales dentro del contrato estatal, asunto diferente al que contempló la Ley 446. Todo ello da lugar a la pervivencia del artículo 68 de la Ley 80 por aplicación del artículo 3º de la Ley 153 de 1887;* ***iv)*** *se encuentra un razonamiento adicional para colegir que la Ley 446 de 1998 no derogó el artículo 68 la Ley 80 de 1993, en la medida en que su ámbito de aplicación se refirió a los medios para descongestionar la justicia, de manera que sus disposiciones no tenían por objeto determinar la competencia de las entidades estatales en la égida contractual. Desde esa perspectiva, la definición incorporada en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, en relación con la amigable composición entre particulares, no puede entenderse como una norma que eliminó la viabilidad de la amigable composición permitida a las entidades estatales. Bien se advierte que este criterio se funda en la diferencia material del contenido de una ley frente a otra, no en la relación entre una disposición particular y otra general, ni en la condición de género a especie, entre las leyes citadas;* ***v)*** *se agrega que las normas mencionadas no eran opuestas a los efectos jurídicos citados en el artículo 131 de la Ley 446 de 1998*[485]*, el cual tuvo aplicación para las entidades estatales en la medida en que la Ley 80 de 1993 no dispuso otra cosa, y por lo tanto, se predicó para la composición, el carácter de una transacción, la cual, por otra parte, se encontraba permitida para las entidades estatales por virtud del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, como una de las formas de terminar el proceso judicial".*[486]

Las anteriores divergencias fueron zanjadas en la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, ya que esta norma de manera expresa estableció que la amigable composición era un mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para particulares, entidades públicas y para quien desempeñara funciones administrativas. El artículo 50 es del siguiente tenor:

*"**Artículo 59. Definición.** La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.*

*El amigable componedor podrá ser singular o plural.*

*La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente".* –subrayas fuera de texto–

485 Efectos de la decisión del amigable componedor.

486 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). Quince (15) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).

Considerando lo anterior, la regulación vigente -que rigió el convenio de amigable composición en el caso concreto- permite a las entidades públicas acudir a la amigable composición como solución directa de controversias contractuales, lo cual se corresponde con: **(i)** la finalidad de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho, esto es, el cumplimiento del interés general a través de la prestación continua y eficiente de bienes y servicios[487] y, **(ii)** la posible disminución de los efectos nocivos de los incumplimientos contractuales, al resolver directamente y sin necesidad de acudir a un proceso judicial, las diferencias susceptibles de transacción. Así se ha expresado en la jurisprudencia:

> *"Encuentra la Corte que dada la esencialidad de algunos de los servicios que presta el Estado, y ante la imposibilidad de suspender su cumplimiento y ejecución; las diferencias entre las partes susceptibles de transacción, se pueden someter a fórmulas de autocomposición, lo que no sólo propende por la prestación continua, regular y eficiente de los servicios públicos, sino también por la efectividad de los derechos y obligaciones de las partes.*
>
> *Con tal fin, el Estatuto de la Contratación Estatal, relaciona el principio del arreglo directo con los principios de economía y de garantía del patrimonio económico de los contratistas. En relación con el primero de ellos, al reconocer que la adopción de mecanismos para consolidar la pronta solución de controversias, permite indirectamente velar por una recta y prudente administración de los recursos públicos y evitar el riesgo que envuelve una solución procesal, especialmente, como lo reconoce la doctrina, por las demoras que ella comporta y "por el peligro de la equivocación conceptual o de error en la valoración de la prueba". Y frente al segundo, al disponer que uno de los mecanismos para preservar el equilibrio de la ecuación económica financiera, es a través de la adopción de herramientas legales y contractuales que hagan efectivas las medidas necesarias para salvaguardar el restablecimiento de las partes, en el menor tiempo posible.*
>
> *Así las cosas, la exigencia de acceder a una solución rápida y ágil de las controversias que se derivan de la ejecución de un contrato estatal, no corresponde a un simple deber social carente de un vínculo personal que lo haga exigible, pues en realidad se trata de un derecho de los contratistas como de una obligación de las entidades estatales destinado a perpetrar el logro de algunos de los fines reconocidos en la Constitución, entre ellos, se destacan, velar por la eficacia, celeridad, responsabilidad y economía en la prestación y suministro de los bienes y servicios que se le encomiendan a la administración pública".*[488]

487 *"Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y 'en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.'*
*El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos 'instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares'".* Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009.

488 Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2005.

Una vez presentados los aspectos generales de esta figura, nos detendremos en los rasgos o elementos característicos que permitirán dar respuesta de manera particular a la consulta elevada.

## 1.2. Elementos característicos

### 1.2.1. Naturaleza de la amigable composición

La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para particulares, entidades públicas o para quien desempeñe funciones administrativas, con la finalidad de dirimir conflictos surgidos en el marco de una controversia contractual de libre disposición. Esta figura está directamente relacionada con el derecho de los contratos[489], ya que a través del convenio de composición, proferido por el amigable componedor, se dirimen los conflictos mediante una solución que se integra al negocio jurídico y que por ende obliga a las partes.

La Ley 1563 de 2012 establece que la amigable composición puede acordarse mediante una cláusula contractual o a través de contrato independiente. Las partes tienen libre disposición para determinar el número de amigables componedores - singular o plural-, los cuales serán designados directamente o a través de un tercero. A falta de acuerdo previo entre aquellas, se entenderá que la designación se ha delegado a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante. De igual manera, la ley establece que el procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, siempre que se garanticen los derechos de igualdad y contradicción[490].

Sobre los elementos característicos de este mecanismo, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya había destacado sus rasgos esenciales en los siguientes términos:

> ***"11.*** *En este contexto, se puede concluir que la amigable composición se identifica por:*

489 La naturaleza contractual de este mecanismo ya ha sido destacada por la Corporación, así: *"Por otro aspecto tampoco se desnaturaliza la figura de la amigable composición, cuando las partes convienen frente a la intervención de tres amigables componedores, que las decisiones se tomarán por mayoría. La ley no regula la forma como se adelantará la amigable composición, dejando a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente; lo que en manera alguna implica que la decisión por mayoría convierta la figura en una decisión de carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de sentencia. Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normatividad procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investidos de jurisdicción"*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. 6 de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 11477.

490 Sobre este aspecto particular la Corte Constitucional en sentencia T-017 de 2005 señaló: *"13. En relación con el primer interrogante, la ley no plantea exigencia alguna de tipo formal que subordine la eficacia del acto de la amigable composición, más allá de los requisitos generales de existencia y validez de todo negocio jurídico. De suerte que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, les asiste el derecho a las partes de fijar libremente los límites, condiciones y requisitos que estimen convenientes en cuanto a la forma como ha de adelantarse, en cada caso, la amigable composición. Eso sí, y en cuanto se admite que la decisión sea adoptada al amparo de un centro especial constituido para el efecto, tales como, los Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, se entiende que existe en dichos casos, una aceptación tácita a los reglamentos que profieren esas asociaciones, los cuales, además, se sujetan previamente a la aprobación del Ministerio del Interior y la Justicia. Esto significa que los trámites incorporados en las disposiciones de los citados reglamentos se convierten tácitamente en normas de obligatorio cumplimiento para las partes".*

*- Encomendar a un tercero mediante un acuerdo contractual, el encargo de solucionar problemas o diferencias que enfrentan a las partes.*

*- Dicho vínculo que se establece entre el amigable componedor y las partes tiene su origen en un contrato de mandato, cuyas facultades se limitan conforme a lo establecido en el contrato de composición. Así las cosas, la amplitud de las actuaciones que adelante el amigable componedor dependerá de las restricciones o no que se le fijen por parte sus mandatarios.*

*- El documento final que suscriba el amigable componedor no contiene resoluciones ni órdenes, pues se limita a fijar los compromisos voluntarios que asumen las partes, para definir el conflicto surgido entre ellas.*

*- Según el caso, el citado documento se convierte en un contrato adicional y modificatorio al contrato que le dio origen a la discrepancia solucionada.*

*- El compromiso suscrito al amparo del amigable componedor produce los efectos de la transacción, esto es, "(...) el efecto de cosa juzgada en última instancia (...)". (Código Civil, art. 2483).*

*- El amigable componedor puede ser singular o plural.*

*- La designación pueden hacerla las partes directamente involucradas en la controversia o a través de un tercero que ellas mismas elijan. Dicho tercero puede ser una persona natural o jurídica.*

*- Como consecuencia obvia de su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes a partir de la decisión del amigable componedor, no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. La única forma de controvertir dicho arreglo es precisamente demandando su eficacia como acto jurídico. En estos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita*[491]*.*

*Para concluir es innegable que la amigable composición no puede estar sometida a una estructura procesal propiamente dicha, en razón a su naturaleza eminentemente contractual típica de una institución del derecho sustancial. Obsérvese cómo, exigir el adelantamiento de un proceso como presupuesto de su validez, sería tanto así como exigir algún tipo de requerimiento procesal para dotar de eficacia a la transacción".*[492]

### 1.2.2. Alcance y efectos de la amigable composición

**1.2.2.1** Los contratistas en ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan los límites y condiciones de la actuación del amigable componedor. Esta delimitación se estructura en los siguientes actos: **(i)** El contrato o negocio jurídico suscrito por las partes en

491 Véase, artículos 1502 y 1740 del Código Civil.
492 Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2005.

el que se establecen los derechos y obligaciones de las mismas. **(ii)** El pacto en el que se consigna la posibilidad de acudir al mecanismo alternativo de solución de conflictos, el cual puede hacer parte del contrato inicial -cláusula de arreglo directo-, puede ser suscrito de manera posterior o bien puede ser ampliado o restringido por mutuo acuerdo de los contratistas. **(iii)** El convenio de composición en el cual el amigable componedor resuelve con fuerza vinculante las diferencias surgidas entre los contratistas.

Considerando lo anterior, el negocio jurídico y el mandato otorgado por los contratistas, en principio, determinan la intervención y el marco de la decisión del amigable componedor, por lo cual es válido que las partes amplíen o restrinjan las facultades otorgadas, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad que rige la contratación estatal y que está contemplado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993[493]. En otras palabras, los contratistas tienen un amplio margen para facultar a un tercero para que dirima sus diferencias y disponga de sus derechos y obligaciones, en el marco del contrato celebrado y respetando el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de los acuerdos. Sobre el principio de la autonomía de la voluntad la Corporación ha señalado:

> *"El principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal esos intereses deben entenderse dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, como quiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad, de modo que "en ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, (sic) cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico"[494].*
>
> *Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido los siguientes parámetros entorno al principio de la autonomía de la voluntad:*
>
> *"a. El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes.*
>
> ***"b. Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes**.*
>
> *"c. Aun cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, éstos siempre deben responder a la satisfacción*

493 *"**Artículo 40. Del contenido del contrato estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*
*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración…".* –subrayas fuera de texto–

494 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2000, expediente 13.073, M. P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

*de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público*[495]*.*

*"d. El Estatuto General de Contratación Estatal, (sic) reconoce el poder a las partes de estipular obligaciones que den contenido a negocios jurídicos que no son nominados o típicos, posibilidad enmarcada obviamente dentro de las necesidades del servicio, sin que ello implique un desconocimiento de las limitaciones que puedan llegar a desprenderse del ordenamiento jurídico. Por ello en el artículo 32 se señala que "son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad…'*

*"e.* ***En ejercicio de la autonomía de la voluntad, nada impide en el ordenamiento jurídico que, como lo señaló el Ministerio Público, se puedan celebrar contratos cuyo objeto sea el diseño para posteriormente contratar una obra****, o que para la realización de ésta se deba contar con un diseño propio. En el segundo evento, de hecho, la entidad puede considerar que así se generan menores costos y que ésta es la mejor manera de viabilizar el principio de economía" (se resalta)".*[496]

Atendiendo a lo señalado, la Sala considera que las facultades otorgadas a los amigables componedores pueden ser ampliadas o restringidas por voluntad de las partes, bien sea en una modificación al contrato o incluso en manifestaciones posteriores, ya que son los contratistas quienes delimitan qué controversias o diferencias serán sometidas a la decisión del tercero facultado con el mandato[497].

495 "Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2000. M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Rad. 1263".

496 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

497 Sobre estos aspectos, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado: *"En este orden de ideas, los pocos pronunciamientos de la doctrina coinciden en afirmar que la amigable composición "es una institución sustantiva o de carácter contractual" y, en tal virtud, se la trata como "un contrato complejo, mixto o unión de contratos". Así, entonces, se afirma que la amigable composición constituye un complejo jurídico que contiene tres contratos diferentes, a saber: a). El contrato de composición propiamente dicho, en virtud del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión que adopten sus respectivos mandatarios, designados por ellas para tal efecto. b). El contrato de mandato con representación, el cual es celebrado, ya no entre los contendores, sino entre cada uno de éstos y su amigable componedor o entre ellos y el componedor único; se trata, como es lógico, de un mandato con representación, en virtud del cual el apoderado se obliga a celebrar, por cuenta y a nombre de su mandante, un acto jurídico que consistirá en el acuerdo que ponga fin a la controversia. c). El contrato de transacción o uno innominado, que es el acordado entre los componedores, en ejercicio del mandato con representación que han recibido, cuyo contenido consistirá en el conjunto de estipulaciones que ellos convengan para dar solución final a la controversia.*
*No obstante, también es importante anotar que existe otro sector de la doctrina que concibe a dicha institución –más que como una simple relación contractual– como "un negocio jurídico complejo, formado por varias relaciones jurídicas contractuales o no contractuales que se yuxtaponen en forma sucesiva o por etapas, originando un clásico método o mecanismo orientado a la solución de conflictos"*
*(…)*
*En suma, la amigable composición constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos dispuesto para dirimir las controversias que se susciten en virtud de un negocio jurídico, en cuanto "al estado, las partes y el cumplimiento del mismo", para lo cual las partes interesadas delegan en una o en varias personas la facultad de dirimir la controversia, de orden contractual, con los mismos efectos que se predican de la transacción, en los términos del artículo 2483 del Código Civil*[497]*.*
*Bajo este panorama, la institución en comento, a juicio de la Sala, surte efectos únicamente entre las partes del conflicto, en los aspectos que hayan sido objeto del encargo; en este sentido, el encargo surge en virtud de un negocio jurídico de mandato, el cual conlleva representación, en la medida en que el componedor o los componedores actúan en nombre y por cuenta de los comitentes y la decisión sólo obliga a éstos, lo cual supone, desde luego, que los mandatarios o componedores deben actuar dentro del marco encomendado por los comitentes, so pena de las consecuencias jurídicas que se desprenden de actuar por fuera de los límites del mandato, como lo disponen los artículos 841*[497] *y 1266*[497] *del Código de Comercio. Respecto a la vinculación del amigable componedor con las partes del conflicto, la doctrina nacional suele catalogar dicha relación jurídica como de "mandato" e, inclusive, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que "los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de estas, y no con la fuerza procesal de sentencia" (se subraya); sin embargo, la Sala no desconoce que tal postura es controvertida por un sector de la doctrina, que afirma que tal vinculación no es fruto de un contrato de mandato, como tal, sino de un*

**1.2.2.2** Sobre los efectos de la decisión del amigable componedor, la Sala considera que ésta es plenamente vinculante para las partes puesto que el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 expresamente señala que la misma produce los efectos de la transacción:

> *"**Artículo 60. Efectos.** El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.*
>
> *La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.*
>
> *Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente".* –subrayas fuera de texto–

El Código Civil en su artículo 1625 señala que la transacción[498] es uno de los modos de extinguir las obligaciones[499], que nace a la vida jurídica como un acuerdo de voluntades celebrado por las partes para terminar de manera extrajudicial un litigio o precaver uno eventual[500]. Aunado a lo anterior, la amigable composición implica un pacto entre las partes logrado a través de un tercero o amigable componedor, que puede modificar o extinguir la relación contractual y que en los términos del artículo 2483 del Código Civil[501] produce los efectos de cosa juzgada, aunque no haya sido proferida por autoridad judicial.

---

*negocio jurídico representativo que la misma ley denomina amigable composición, "relación jurídica que puede ser complementada por otros contratos como el de prestación de servicios o el mismo mandato no representativo (art. 1262 C. de Co)".*
*En este orden de ideas, la decisión de los amigables componedores reviste una naturaleza de orden contractual o negocial y, por tanto, sus efectos conllevan la misma índole. Por lo mismo, tal acto o negocio jurídico es susceptible de ser cuestionado por nulidad absoluta, anulabilidad o rescisión en los casos contemplados por la ley, con la precisión de que (teniendo en cuenta que las normas atinentes a la regulación del mecanismo alternativo de solución de conflictos nada dicen respecto de la nulidad de los actos jurídicos de los amigables componedores) el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, permite afirmar que, dada la naturaleza del acto y la remisión legal acerca de los efectos jurídicos del mismo –art. 2483 ejusdem–, pueden ser acusados de nulidad absoluta o relativa o pueden ser rescindidos por las causales previstas en la ley (artículos 1502[497], 1740[497] y 1741[497] del C.C).*
*Siendo así, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación se colige que la amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante sobre la controversia propuesta. Acto o negocio jurídico susceptible de ser cuestionado por nulidad absoluta, anulabilidad o rescisión, en los casos contemplados por la ley. Lo anterior, teniendo en cuenta que las leyes en la materia, que no establecen reglas propias, no excluyen de las acciones, por validez los contratos, actos y negocios jurídicos abogados por amigables componedores".* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01870-01(54014).

498 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado sobre esta figura: *"la transacción es un negocio extrajudicial, o sea una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Cuando existe pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a esa litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda decretar el fenecimiento del juicio. Este efecto doble y la circunstancia de que por lo regular se asienta el pacto dentro del litigio en curso, le dan a la transacción la apariencia de un simple acto procesal, pero no lo es en realidad, porque ella se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley la considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria (C. C., 1625 y 2469)".* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de mayo de 1966. Citada en: Corte Constitucional. Sentencia T-118A de 2013.

499 "***Artículo 1625. Modos de Extinción.*** *Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.*
*Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:*
*(…)*
*3º) Por la transacción".*

500 ***"Artículo 2469. Definición de la transacción.*** *La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*
*No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".*

501 ***"Artículo 2483. Efectos de la transacción.*** *La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes".*

En resumen, el efecto de la decisión del amigable componedor es la vinculatoriedad para las partes contratantes que sometieron sus diferencias a la decisión de un tercero, facultado para decidir sobre los derechos y obligaciones disponibles, lo cual se fundamenta en lo siguiente:

**(i)** El artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 expresamente señala que la decisión del amigable componedor produce los efectos propios de la transacción.

**(ii)** La transacción en los términos del Código Civil -artículos 1625 y 2483- es uno de los modos de extinguir las obligaciones y produce los efectos de cosa juzgada así no haya sido proferida por autoridad judicial.

**(iii)** El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el numeral 2 del artículo 297, consagra como título ejecutivo[502], las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas se obligan de manera clara, expresa y exigible al pago de sumas de dinero.

**(iv)** La naturaleza del mecanismo implica que los compromisos son asumidos de manera voluntaria por las partes, quienes otorgan de manera previa la facultad de decidir el conflicto surgido en el marco del contrato estatal, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad - artículo 40 de la Ley 80 de 1993-

Así las cosas, la decisión del amigable componedor no requiere pronunciamiento posterior ni ratificación alguna de los contratistas para su obligatoriedad, el cumplimiento de la decisión hace parte de la correcta práctica contractual, salvo que las partes o una de ellas considere que tal decisión está viciada de nulidad por no cumplir con los requisitos de existencia o validez de los actos, lo cual implicaría acudir ante el juez del contrato para que se pronuncie sobre la legalidad de la actuación.

**1.2.2.3** Se ha indicado que los contratistas tienen una amplia configuración respecto de los asuntos disponibles que someten a decisión del amigable componedor, no obstante, el mandato otorgado y la decisión del amigable componedor tienen límites que no están dados solamente por la autonomía de la voluntad de las partes sino por el ordenamiento legal. La eficacia y validez del convenio de amigable composición depende entonces de los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos, que en términos generales están consagrados en el artículo 1502 del Código Civil[503] el cual establece que los requisi-

502 ***"Artículo 297. Título ejecutivo.*** *Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:*
*(…)*
*2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible".*

503 ***"Artículo 1502. Requisitos para obligarse.*** *Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:*
*1) que sea legalmente capaz.*
*2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.*
*3) que recaiga sobre un objeto lícito.*
*4) 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".*

tos para obligarse en un acto o declaración se relacionan con: **(i)** la capacidad legal; **(ii)** el consentimiento libre de vicio; **(iii)** el objeto lícito y, **(iv)** la causa lícita[504].

En consecuencia, el amigable componedor debe establecer si los asuntos puestos a su resolución son disponibles por las partes y si su decisión desborda el marco legal del negocio particular, de ello ser positivo, debe abstenerse de proferir una decisión so pena de que la misma pueda ser declarada nula por un juez.

De igual manera, si las partes consideran que el convenio de composición está viciado de manera total o parcial porque desconoce el ordenamiento jurídico, deberían acudir al juez para que en el marco de un proceso judicial se decida sobre la legalidad del acuerdo. Las entidades públicas tienen la obligación de velar por la legalidad de sus actuaciones y abstenerse de actuar *contra legem*.

## 2. Caso concreto

### 2.1. Anotación previa

La Sala se pronunciará de manera general sobre las consultas realizadas, ya que no cuenta con la información necesaria para analizar todos los aspectos relevantes del caso concreto, puesto que la documentación solicitada no fue aportada por el Ministerio del Interior pese al requerimiento realizado por el Magistrado ponente.

### 2.2. Ampliación de las facultades del amigable componedor

En el caso concreto, la cláusula décima séptima del convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009 establecía que el mecanismo de la amigable composición estaba limitado a la ejecución del convenio, así:

> *"**Decima séptima. Solución de controversias:** Si durante la ejecución del Convenio se llegaren a presentar controversias que impidan la ejecución normal del Convenio, las partes, para su solución, agotarán inicialmente la etapa de arreglo directo a través de sus representantes o delegados formalmente designados. Si no se llega a un acuerdo, las partes contratantes buscarán los medios pertinentes para solucionar en forma*

504 Sobre estos elementos de existencia y validez de los actos jurídicos, la doctrina ha señalado: *"Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, o sin el consentimiento no hay, por definición, acto jurídico. Lo propio ocurre cuando falta el objeto, porque, también por definición, la voluntad que constituye la sustancia del acto debe encaminarse a un objeto jurídico que puede consistir en la creación, o en la modificación, o en la extinción de una o más relaciones de derecho. En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes. Otro tanto ocurre cuando determinado acto reúne las condiciones esenciales de todo acto jurídico, inclusive la forma solemne cuando la ley la requiere, pero dicho acto carece de alguno de los elementos que también son esenciales según su especie, como lo son la cosa vendida y el precio en la compraventa, y sin los cuales este contrato no puede existir como tal (arts. 1501, 1865 y 1870).*
*(…) Pero, por otra parte, también hay condiciones que ya no se refieren a la existencia misma de los actos jurídicos, sino que tocan con su validez. Como ya quedó dicho, un acto existe cuando en él se dan la voluntad o el consentimiento, el objeto y la forma solemne prescrita por la ley. Sin embargo, puede suceder que dicho acto, existiendo jurídicamente, sea inválido por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad y que lo condene a muerte.*
*(…) De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos son la voluntad o el consentimiento, el objeto genérico y específico, y la forma solemne; mientras que los requisitos para la validez de aquellos son la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley".* OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, sexta edición, editorial Temis, 2000, Bogotá, pp. 83-85.

*ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de las actividades contractuales. Para tal efecto al surgir la diferencia acudirán al empleo de los mecanismos de solución de la controversia contractual y a la conciliación, amigable composición y transacción, y en última instancia ante el Juez competente".*

Las pretensiones invocadas por Acuavalle S.A. E.S.P. ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle se encaminaron a solicitar la liquidación del convenio y la posible definición sobre la continuidad del mismo, así:

*"a. En caso de definirse la liquidación del convenio sobre la base del avance parcial del mismo, Acuavalle S.A E.S.P estima que la Gobernación le adeudaría la suma de $10.580.609.492…*

*b. Como pretensión alternativa Acuavalle S.A E.S.P., incluye la ´posible definición de la continuidad del convenio´, lo cual implicaría un corte de cuentas sobre el avance parcial alcanzado y una proyección sobre los tiempos y costos de las labores pendientes por ejecutar para la consecución del objeto del convenio. En este caso la liquidación definitiva se realizaría al terminar el periodo que se defina para la culminación de las actividades faltantes del convenio.*

*Esta solicitud está expresada en el numeral 12 'Consideraciones finales' del precitado documento, en los siguientes términos:*

*'Como bien se deduce del presente documento, el interés y el propósito fundamental de la Gerencia de Acuavalle, es el de avanzar positiva y prioritariamente en una amigable composición que logre una fórmula de solución a la situación planteada, ya sea mediante una objetiva liquidación al Convenio No. 0832 de 2009, o mediante la posible definición de la continuidad del convenio u otra alternativa viable, en todo caso orientada a evitar cualquier detrimento patrimonial que pueda afectar a las dos instituciones firmantes del convenio…*

*En ambos casos, Acuavalle S.A E.S.P., solicita que en la fórmula de solución se tenga en cuenta todas las costas en que ha incurrido Acuavalle al enfrentar las demandas instauradas por parte de los consultores, las de la amigable composición y, adicionalmente, se efectúen las reliquidaciones de los valores con base en el IPC del año 2010 en adelante.'"*[505]

En consecuencia, Acuavalle S.A E.S.P solicitó la intervención del amigable componedor para dirimir asuntos relacionados con la liquidación y/o continuidad del convenio.

Ahora bien, con los documentos aportados en la consulta no es posible establecer si la Gobernación del Valle del Cauca durante el trámite surtido ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle del Cauca, pre-

505 Procedimiento de amigable composición. Convenio de composición. Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. Asociación de Ingenieros del Valle, p. 7-8.

sentó excepciones ante las pretensiones de liquidación o manifestó de manera expresa su aceptación de ampliación de la cláusula de solución de controversias consignada en el convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009. Cabe recordar que para llegar a la amigable composición, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes deben precisar las materias, el alcance y el mecanismo sobre el que versa la misma.

El Magistrado ponente solicitó al Ministerio del Interior aportar la respuesta o contestación de la Gobernación del Valle del Cauca a la solicitud de convocatoria formulada por la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P-Acuavalle S.A., así como las actas de las audiencias proferidas en el trámite del mecanismo de la amigable composición, a efectos de verificar la formulación de excepciones o la aceptación de las pretensiones elevadas por la empresa de servicios públicos domiciliarios. No obstante, la documentación no fue aportada, razón por cual no es posible determinar si la ampliación de la facultad del amigable componedor respecto de la liquidación del convenio se dio de mutuo acuerdo y según la voluntad expresa de las partes.

Pese a lo anterior y como concepto general, la Sala considera en abstracto que el mandato conferido a un amigable componedor en un contrato estatal, puede ser ampliado de manera válida por las partes, considerando lo siguiente:

**(i)** De conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad que rige los contratos estatales, las partes, en el marco del negocio jurídico, pueden delimitar las diferencias que serán resueltas por el tercero en el convenio de composición.

**(ii)** El amigable componedor funge como un mandatario de las partes, a efectos de precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones que se derivan del negocio jurídico.

**(iii)** Las partes podrían ampliar o delimitar las facultades inicialmente otorgadas al amigable componedor en el contrato estatal, situación que debe quedar expresamente formalizada en documento adicional o durante el trámite de la amigable composición[506], esto es, de forma expresa en el mismo acuerdo.

506 Si bien en el presente caso se hace referencia es al mecanismo de la amigable composición, la Sala destaca que la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado sobre la posibilidad de modificar o dejar sin efecto de manera tácita o expresa el pacto o la cláusula compromisoria. Es así como mediante auto del 18 de abril de 2013, dicha Sección unificó su jurisprudencia señalando que la modificación del pacto arbitral para asuntos regidos por normas anteriores a la Ley 1563 de 2012, debía ser expresa y solemne, al respecto ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Radicación: 17.859 (R-0035)
En este mismo sentido, la Sección Tercera en reciente pronunciamiento ratificó la posición asumida en la sentencia de unificación, destacando además que la vigencia del estatuto procesal -Ley 1563 de 2012- se relaciona no con la fecha en que se pactó la cláusula sino con la fecha en que se promovió el conflicto: "*Como se aprecia, la Sección Tercera en esa oportunidad recogió la jurisprudencia tradicional sostenida hasta el momento –que aceptaba la renuncia tácita de la cláusula compromisoria– para sostener, con base en el principio de que 'las cosas se deshacen como se hacen `, que la única forma de retractarse del compromiso es mediante un acuerdo de voluntades que cumpla con las mismas formalidades del pacto inicial.*
Ahora bien, es importante precisar que este cambio jurisprudencial solo resulta aplicable a los compromisos que no se rijan por la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral Colombiano), por cuanto este cuerpo normativo consagró a nivel legal la posibilidad de renunciar tácitamente al pacto arbitral o cláusula compromisoria…
(…)
*Como se aprecia, los parágrafos de los artículos 3 y 21 de la Ley 1563 de 2012 establecen las figuras del "pacto arbitral ficto" y de la "renuncia tácita al pacto arbitral", respectivamente. La primera ocurre cuando una de las partes en un proceso –ante cualquier juez o árbitros– alega la existencia de una cláusula compromisoria o compromiso y la contraparte no la niega expresamente, caso en el cual se tendrá por probada la existencia del compromiso y, si es del caso, se ordenará remitir el proceso a la justicia arbitral. La segunda, por el contrario, se presenta cuando el demandado ante cualquier juez no formula la excepción de compromiso o cláusula compromisoria –falta de jurisdicción técnicamente hablando– lo que genera la renuncia del compromiso y que, por lo tanto, el proceso continúe su trámite ante la jurisdicción estatal correspondiente".* –subrayas fuera de

### 2.3. Efectos de la decisión del amigable componedor

El Convenio de Composición proferido por el amigable componedor del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Asociación de Ingenieros del Valle fue proferido el 11 de septiembre de 2015, en los siguientes términos:

> *"En consideración a las evaluaciones y consideraciones presentadas en el presente Convenio de Composición, con fundamento en el análisis y valoración de los hechos, actuaciones, pruebas aportadas, verificación y sustentos técnico y legal del equipo asesor, el Amigable Componedor obrando en equidad, para cumplir con la facultad delegada por la Partes tendiente a definir con fuerza vinculante la controversia contractual de libre disposición sometida a su consideración decide liquidar parcialmente el Convenio 0832 de 2009 conforme al consolidado de ejecución contenido en el* ***ANEXO 1*** *y continuar la ejecución del convenio por un plazo igual a 11 meses, o sea el tiempo que faltaba para su vencimiento al momento de la primera suspensión el 07 de octubre de 2011, conforme al Acuerdo de Composición contenido en el* ***ANEXO 2****. De acuerdo con lo anterior y con el fin de implementar esta solución el amigable componedor les presenta a las Partes estos dos documentos que sustentan la decisión del amigable componedor; y, al tenor de lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y la Sentencia de la Corte Constitucional T-017 de 2005, les solicita a las Partes suscribir el Acuerdo de Composición. Consecuentemente,* ***estos dos documentos: EL ANEXO 1: LIQUIDACIÓN PARCIAL DEL CONVENIO 0832 DE 2009 y EL ANEXO 2: ACUERDO DE COMPOSICIÓN, hacen parte integral del presente CONVENIO DE COMPOSICIÓN".***[507] *–subrayas fuera texto-*

En este sentido, en el Anexo 2 del Convenio de Composición se estableció entre otras disposiciones:

> *"En consideración a lo anterior, con fundamento en el análisis y valoración de los hechos, actuaciones, pruebas aportadas, verificación y sustentos técnico y legal del equipo asesor y del Amigable Componedor obrando en equidad, para cumplir la facultad delegada por las Partes tendiente a definir con fuerza vinculante la controversia contractual de libre disposición objeto de la misma, a continuación las partes expresan el acuerdo de voluntades alcanzado mediante el presente acuerdo de composición, en las siguientes cláusulas:*
>
> ***Cláusula primera.*** *Liquidar parcialmente el convenio 0832 de 2009 conforme al consolidado de ejecución y valoración realizada por la Amigable Composición adelantada en el centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Asociación de Ingenieros del Valle, contenida en el ANEXO 1 del Convenio de Composición; y continuar la ejecución del mismo por un plazo de 11 meses correspondiente al tiempo que faltaba para su vencimiento al momento de la primera suspensión. Este plazo será*

texto-. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00667 01(58461).

507 Ibíd, p. 108.

*prorrogable según la programación de la construcción de las obras o en caso de incluir nuevos proyectos del PDA dentro de la ejecución de este convenio.*

***Cláusula segunda.*** *El departamento desembolsará dentro de los 15 días siguientes a la suscripción del presente acuerdo, el valor correspondiente a la liquidación parcial efectuada por la Amigable Composición, momento en el cual se firmará el acta de reinicio de la ejecución del convenio.(…)"*[508].

En este sentido, podría entenderse que el amigable componedor supeditó la "implementación" del convenio de amigable composición a la firma de las partes de los anexos 1 y 2 contentivos de la liquidación parcial del convenio y de las modificaciones al mismo, respectivamente. No obstante, la Sala considera que la decisión del amigable componedor no requería de ratificación posterior mediante la firma de los anexos del Convenio de Composición, ya que, tal y como se ha indicado en los capítulos anteriores, la vinculatoriedad de las decisiones del amigable componedor se deriva *per se* de los siguientes aspectos:

**(i)** El artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 expresamente señala que la decisión del amigable componedor produce los efectos propios de la transacción.

**(ii)** La transacción en los términos del Código Civil -artículos 1625 y 2483- es uno de los modos de extinguir las obligaciones y produce los efectos de cosa juzgada así no haya sido proferida por autoridad judicial.

**(iii)** El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el numeral 2 del artículo 297 consagra como título ejecutivo[509], las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en las que las entidades públicas se obligan de manera clara, expresa y exigible al pago de sumas de dinero.

**(iv)** La naturaleza del mecanismo implica que los compromisos son asumidos de manera voluntaria por las partes, quienes otorgan de manera previa la facultad de decidir el conflicto surgido en el marco del contrato estatal.

**(v)** La ratificación mediante firmas solicitada por el amigable componedor es un aspecto formal que en nada afecta la vinculatoriedad de la decisión, toda vez que la misma se deriva de la naturaleza del mecanismo de resolución de conflictos.

Por lo tanto, las decisiones contenidas en el Convenio de Composición y sus respectivos anexos, no requerían de firma o ratificación de parte, pues la ley y la autonomía de la voluntad de quienes confirieron el mandato, otorgaron fuerza vinculante al mismo.

508 Ibíd, p. 183-184.

509 ***"Artículo 297. Título ejecutivo.*** *Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:*
*(…)*
*2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible".*

## 2.4. Alcances y límites de la decisión del amigable componedor

Se ha indicado que en términos generales y abstractos la decisión del amigable componedor no requiere de ratificación de las partes, puesto que su obligatoriedad deriva de la ley y de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, si el amigable componedor evidencia que el mandato excede el marco del negocio jurídico o los límites señalados por el ordenamiento, debe abstenerse de proferir una decisión sobre tales asuntos. Por otro lado, si las partes consideran que el convenio de composición desborda el mandato proferido o que la decisión es *contra legem*, deberán acudir al juez del contrato para solicitar la declaratoria de ilegalidad de la actuación.

En el caso particular el amigable componedor, según el mandato conferido: **(i)** Liquidó parcialmente el convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009 conforme al consolidado de ejecución y según la valoración realizada en el procedimiento adelantado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Asociación de Ingenieros del Valle, contenida en el Anexo Nº 1 y, **(ii)** decidió continuar con la ejecución del referido convenio por un plazo de 11 meses, correspondiente al tiempo que faltaba por ejecutar al momento de la primera suspensión realizada por las partes; en tal sentido, el Convenio de Composición estableció que dicho plazo podría ser ampliado según la programación de construcción de obras y en caso de incluirse nuevos proyectos.

A la luz de las consideraciones sobre los límites de la figura de la amigable composición, la Sala analizará las decisiones de liquidación parcial y continuidad del convenio, así:

### 2.4.1. Límites a la decisión del Amigable Componedor

**2.4.1.1** La liquidación del contrato representa un corte de cuentas o balance final sobre las obligaciones recíprocas derivadas del negocio jurídico, esta etapa se presenta de manera posterior a la terminación del plazo de ejecución del contrato[510]. El marco de la liquidación está delimitado por las pretensiones directamente relacionadas con el contrato, por lo que en términos generales, es una situación disponible por las partes, cuyas diferencias pueden ser dirimidas por el amigable componedor.

Si bien la Sala no puede establecer si la Gobernación del Valle del Cauca aceptó de manera expresa la ampliación de las facultades del amigable componedor respecto de la liquidación del convenio, de conformidad con la información aportada con la consulta se

510 *"La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que la liquidación del contrato es el "balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto"; es el procedimiento a través del cual las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del contrato, con el fin de saldar las respectivas cuentas, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente proceda con posterioridad a la terminación del contrato.*
*En ese sentido, es claro entonces que la liquidación contendrá las cuentas, los ajustes y los reconocimientos que se encuentren directamente relacionadas con el contrato que se pretende liquidar, de ahí que únicamente las actuaciones del Contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar las pretensiones que emanen directamente del contrato".* Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Cinco (05) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00272-01(36712)

considera que en el caso concreto el amigable componedor se pronunció por fuera de los términos establecidos en la ley.

En efecto, según lo establecido en el Convenio Interadministrativo Nº 0832 de 2009, las partes acordaron su liquidación dentro de los 4 meses siguientes a la finalización del mismo[511]. Según la información señalada en la consulta, la Gobernación y Acuavalle dieron por terminado de mutuo acuerdo y de manera anticipada el convenio de la referencia el día 30 de diciembre del año 2011, momento a partir del cual comenzaron a correr los términos de liquidación según lo establece el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor literal es el siguiente:

> *"**Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos.** La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*
>
> *En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136del C. C. A.*
>
> *Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.*
>
> *Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo".*

Así las cosas, las partes tenían hasta el 30 de abril de 2012 para realizar de mutuo acuerdo la liquidación del Convenio, según la cláusula novena del mismo; como las partes no llegaron a un acuerdo sobre el particular, la Gobernación podía liquidar unilateralmente dentro de los dos meses siguientes a esta fecha, es decir, hasta el 30 de junio de 2012. A partir de este momento y según lo contemplado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, podía realizarse la liquidación en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes, sin perjuicio de acudir al juez del contrato para pedir la liquidación judicial, considerando los términos de caducidad del artículo 164 del CPACA[512].

511 La cláusula es del siguiente tenor literal: "**Novena. Liquidación:** La liquidación del presente Convenio se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir de la finalización del mismo, por cualquier causa"

512 "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (…)
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:
(…)

Bajo esta línea argumentativa, las partes podían liquidar de mutuo acuerdo o solicitar la liquidación judicial hasta el 30 de junio de 2014. No obstante, el pronunciamiento del amigable componedor en su Convenio de Composición se dio el 11 de septiembre de 2015, aspecto que considera la Sala viciaría el pronunciamiento del Convenio de Composición en este aspecto, puesto que las partes a través del mecanismo de solución de conflictos no podían revivir y/o ampliar los términos de liquidación establecidos en el Convenio y en la ley, ni mucho menos modificar convencionalmente los términos de caducidad.

Si bien la decisión del amigable componedor tiene los efectos de una transacción, dicho pronunciamiento tiene como límite las disposiciones del ordenamiento legal; en caso de advertirse que se presenta un vicio de nulidad, las partes deberían acudir al juez del contrato para que se pronuncie sobre el particular.

**2.4.1.2** Con respecto a la decisión de continuar con la ejecución del convenio interadministrativo, considera la Sala que la administración debería realizar un análisis sobre la legalidad de tal decisión y, de considerar que no se ajusta a derecho, específicamente a los límites que rigen la actividad contractual, podría ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La terminación de los contratos estatales surte efectos desde el momento en el cual acaece, puesto que, entre otros aspectos, el vínculo contractual se encamina a la etapa de liquidación de la relación negocial. Una vez terminado el plazo de ejecución del convenio por vencimiento de los términos pactados o por mutuo acuerdo, se mantiene el vínculo contractual pero bajo el marco de la liquidación, en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993[513].

En el caso concreto es discutible la competencia del amigable componedor para "revivir" el plazo del contrato, considerando entre otros aspectos, que: **(i)** La jurisprudencia de la Corporación ha señalado que frente a un plazo contractual vencido o terminado no aplican prórrogas contractuales. **(ii)** Una vez terminado el plazo de ejecución, para los contratos que así lo requieran, comienza la etapa de liquidación en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. **(iii)** Atendiendo

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.
Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.
En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:
(…)
v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;"
–subrayas fuera de texto–

513 ***"Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación.*** *<Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.*
*También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.*
*En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.*
*Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.*
*La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión".*

a los principios de legalidad, selección objetiva, planeación, transparencia, planeación del gasto público entre otros que rigen la contratación de las entidades sometidas al estatuto general de contratación, si la administración considera que debe continuar con el objeto de un contrato que ya fue terminado o contratar la prestación de otro bien o servicio, debe adelantar un nuevo procedimiento de selección con las formalidades establecidas en la ley.

Atendiendo a la información aportada con la consulta, la Gobernación del Valle del Cauca y Acuavalle S.A E.S.P. el día 30 de diciembre de 2011 de mutuo acuerdo suscribieron acta de terminación anticipada del convenio interadministrativo 0832 de 2009.

En tal sentido, es discutible la validez de la "reanudación" del plazo del convenio, cuando ésta se pacta bajo un plazo contractual expirado[514]. Si bien la autonomía de la voluntad puede ajustar ciertas situaciones del negocio jurídico, no todos los elementos pueden ser modificados por disposición de las partes, ya que deben consultarse los límites impuestos por el ordenamiento legal.

En este sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado que la voluntad de las partes no es causa suficiente en todos los casos para modificar los contratos, razonamiento que podría ser aplicado a la ampliación del plazo una vez vencido:

> *"La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar … diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.*
>
> *Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar*

514 Sobre el tema del plazo del contrato estatal, la Sala de manera reciente ha señalado: *"Se recuerda que conforme al artículo 1551 del Código Civil "el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación", lo cual significa que en las obligaciones a plazo el cumplimiento está supeditado a la llegada de esa fecha, momento en el cual son exigibles las obligaciones que se contrajeron.*
*Esta regla de derecho común no es ajena a la contratación estatal, pues en cualquier tipo de contrato que celebre la administración se dispone de un plazo limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto.*
*Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que existen una serie de plazos para la ejecución del contrato, unos parciales dentro de los cuales el contratista debe ejecutar el contrato de tracto sucesivo, y uno de mayor importancia que es aquél que corresponde, según el caso, ya sea a la terminación definitiva de la obra, o a la entrega del último suministro o del estudio o diseño que se ha confiado".* Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Germán Bula Escobar (E). Cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación interna: 2278. Número Único: 11001-03-06-000-2016-00001-00

*determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.*

*De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes".*[515] –subrayas fuera texto–

En esta misma línea, se resalta que la Corporación ha señalado que las prórrogas contractuales pueden realizarse solamente cuando aún se encuentre vigente el negocio jurídico, razonamiento que aplica al caso concreto:

*"Advierte la Sala que las partes suscribieron una prórroga al contrato con el fin de ampliar el término de duración del mismo, sin embargo, dado que ésta fue suscrita el 6 de abril de 2001, es decir, con posterioridad a la fecha de terminación del contrato, lo que ocurrió el 4 de abril de 2001, no podrá entenderse sujeta a él y, por consiguiente, no incidirá de manera alguna en los términos de ejecución del contrato No. 296.*

*Al respecto nótese que para que proceda la prórroga de un contrato resulta imprescindible que el negocio jurídico sobre el cual ésta ha de recaer, a la fecha en que se celebre el acuerdo de voluntades en ese sentido, aun se encuentre vigente, toda vez que es fáctica y jurídicamente imposible revivir, por vía de un acuerdo, aquello que ya ha terminado".*[516] –subrayas fuera de texto–

En otra providencia, la Sección Tercera señaló:

*"Así entonces, comoquiera que las partes sujetaron la terminación del contrato al vencimiento de su plazo de duración -60 días calendario-, las prórrogas y hechos que se desarrollaron con posterioridad a su culminación no pueden entenderse sujetos a él y, por tanto, las pretensiones que de tales eventos se desprenden no encuentran sustento en el contrato que la parte demandante supone como su fuente.*

*En ese orden de ideas, resulta a todas luces improcedente - en amparo del contrato de obra pública No. 1-054- entrar a analizar la ocurrencia de las mencionadas prórrogas, así como también lo será entrar a examinar si en el trascurso de dichas prórrogas se ocasionó, o no, un desequilibrio económico del contrato, en tanto que, se reitera, para el momento en el cual se celebraron las mencionadas prórrogas, el plazo del contrato había fenecido".*[517] –subrayas fuera de texto–

515 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009). Radicación No. 1.952. 11001-03-06-000-2009-00033-00.

516 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Cinco (05) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00272-01(36712)

517 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013). radicación número: 25000-23-26-000-1999-02430-01(23829).

Aunado a lo anterior, si las partes directamente o a través del amigable componedor "reactivan" el plazo de ejecución del convenio cuando el mismo ya había sido terminado de mutuo acuerdo y se encontraba en fase de liquidación, podrían desconocerse principios que rigen la contratación estatal como el de legalidad[518], selección objetiva, planeación, transparencia, planeación del gasto público, entre otros.

Estos principios y normas que rigen la contratación estatal son indisponibles por la administración pública en la etapa de formación del contrato (etapa precontractual) y durante la ejecución y liquidación de las obligaciones derivadas del negocio jurídico. Las entidades sometidas al estatuto general de la administración pública no pueden obrar de manera libre, deben respetar los procedimientos de selección de contratistas, la debida estructuración del negocio jurídico a través de los estudios y documentos previos, el análisis de las capacidades de los proponentes, entre otros aspectos que determinan la debida formación de la voluntad en materia contractual de la administración pública.

De manera particular, sobre el principio de planeación que deben seguir las entidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

> *"El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.*
>
> *Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.*
>
> *De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que*

518 *"El principio de legalidad que informa la actividad pública, se manifiesta en un conjunto de potestades y de sujeciones que el derecho le señala a los entes administrativos para la realización de sus cometidos institucionales. En el régimen jurídico de los contratos estatales, naturalmente se consagra también, como consecuencia de la presencia de ese sujeto especial que es la Administración Pública, estos privilegios y limitaciones jurídicas, apareciendo las sujeciones en la fase de formación de la voluntad y las potestades en la etapa de ejecución del objeto contractual.*
*Así pues, los entes públicos no pueden obrar libremente en el ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad, puesto que deben observar unos requisitos y procedimientos señalados por el ordenamiento positivo y acatar los principios de buena administración, como son los postulados de eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa (C.N., art. 209 y L. 80/93, ARTS. 23 y 40), a diferencia de los particulares, que tan sólo están obligados a respetar los valores superiores de la vida social, como son la moral y el orden público (C.C., art. 1524)"*. Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá, Editorial Legis, 1999, pp. 63-64.

*cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables".*[519]

Sumado a lo anterior, dentro del principio de planeación de la contratación pública las entidades deben acatar las disposiciones sobre legalidad del gasto público y régimen presupuestal. Si las partes terminan el plazo de ejecución, el vínculo contractual tiene vocación de finalización y será en la etapa de liquidación donde se realizará, entre otros, un corte de cuentas y ajuste de los aspectos financieros y presupuestales del contrato. Además, una vez terminado el contrato, las partes no pueden "revivir" el vínculo contractual finiquitado, por el respeto a los principios de programación, ejecución y control del presupuesto público que deben expresarse en los documentos y estudios previos que anteceden a la contratación.

Respecto del tema del gasto público, puede señalarse que el presupuesto público es el instrumento principal de la actividad financiera del Estado, pues por su intermedio se satisfacen los fines y objetivos que le fueron asociados por la Constitución. Esa relevancia se confirma al considerar que la Corte Constitucional[520] lo identifica como **(i)** una herramienta de *"racionalización de la actividad estatal, en tanto y en cuanto cumple funciones redistributivas de política económica, planificación y desarrollo"*; e, **(ii)** instrumento de gobierno y control en las sociedades democráticas.

Lo anterior justifica la fuerza vinculante asignada a los principios presupuestales, ya que ellos orientan la programación, ejecución y control del presupuesto, contribuyendo al cumplimiento de las funciones y objetivos estatales. Es por eso que, conforme lo manifestado por la Corte Constitucional, esos principios, establecidos en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), no son simples reglas o requisitos, sino verdaderas pautas que condicionan la validez del proceso presupuestal[521] y por ende de la contratación estatal. Sobre este relevante aspecto de la actividad de la administración, la Sala ha señalado:

*"En síntesis, la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran.*

*Lo anterior no significa que solo se pueden comprometer recursos apropiados en una vigencia fiscal para ser ejecutados en la misma vigencia, pues la legislación orgánica reguló la posibilidad de comprometer recursos de vigencias presupuestales futuras diferentes a aquella en que se realiza el compromiso.*

519 Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.
520 Al respecto ver, entre otros, sentencia C-685 de 1996.
521 Sentencia C-337 de 1993.

*Este mecanismo denominado vigencias futuras es de dos clases: las vigencias futuras ordinarias, respecto de la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso[522], y las vigencias futuras excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización[523].*

*Ahora bien, dada la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen de presupuesto, el principio de anualidad fiscal y los mecanismos presupuestales previstos en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, traen implicaciones para la contratación estatal[524].*

*En primer término, el principio de anualidad implica que la Administración debe ceñirse a la planificación que se ha hecho para la celebración y ejecución de los contratos dentro de la respectiva vigencia anual, de manera que, al cierre fiscal, las partidas presupuestales que fueron aprobadas por la ley de presupuesto hayan sido debidamente comprometidas y canceladas.*

*Si desde un comienzo se previó que la ejecución de un contrato debía extenderse más allá del período de vigencia anual, se recuerda que a través de la figura del compromiso de vigencias presupuestales futuras es posible hacer una programación del contrato. De esta forma previa autorización, se pueden adquirir compromisos cuando la ejecución del contrato inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en vigencias posteriores[525].*

*Puede ocurrir también que aquellos contratos que debían cumplirse dentro de la respectiva vigencia anual y sobre los cuales no se autorizó previamente comprometer vigencias futuras, al terminar el año no estén concluidos y deban continuarse o pagarse durante*

522 Ley 819 de 2003. *"Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones" (…) "Artículo 10. Vigencias futuras ordinarias. El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:// a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley; // b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas; // c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo. // La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente los declare de importancia estratégica.// Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9º de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia.// El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo (…)"*

523 *Ibídem. "Artículo 11. Vigencias futuras excepcionales.// El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 1º de esta ley.// (…)".*

524 *"Es inocultable la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen presupuestal; la relación es tan fuerte que ha sido una constante en los estatutos de contratación que ha tenido el país.(…) // No obstante reconocerse esta realidad jurídico-administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo –contratación y presupuesto no siempre es pacífica, aunque sí necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto -y muy serios-, porque uno exige para su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los ingresos y los egresos (…); pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.// En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual (…). No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor".* Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2014, radicado: 28.565.

525 Cfr. Artículos 10 y ss. de la Ley 819 de 2003.

*la vigencia fiscal subsiguiente, hecho que obliga a preguntarse sobre los mecanismos adecuados para conservar la apropiación presupuestal de los recursos que habían sido presupuestados y que no pudieron ser gastados en la vigencia presupuestal respectiva.*

*Sea entonces lo primero advertir que el principio de ejecución anual del presupuesto no es absoluto sino que presenta excepciones señaladas en la ley*[526]*.*

*Para el efecto, considera la Sala que son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución del contrato permiten conservar la apropiación presupuestal: a) las reservas presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal; b) las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista".*[527]

Atendiendo a los principios y normas que rigen la contratación pública, si la administración considera que la decisión del amigable componedor de reactivar el plazo de ejecución del convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009, excedió los límites impuestos por el ordenamiento legal, podría solicitar ante el juez del contrato la nulidad del convenio de composición por vicios que afectan el acto jurídico[528].

## La Sala responde:

1. *¿Resulta jurídicamente viable acudir al mecanismo de la amigable composición en la etapa de liquidación del convenio interadministrativo No. 0832 de 2009, pese a lo establecido en la cláusula décima séptima del referido convenio en cuanto a la etapa convencional para hacerlo?*

Sí. En términos generales la Sala considera que el mandato conferido inicialmente a un amigable componedor puede ser ampliado por las partes del contrato en forma expresa y de mutuo acuerdo, según las razones expuestas.

No obstante, la Sala no puede pronunciarse sobre la viabilidad de la ampliación del mandato conferido en la cláusula décima séptima del convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009, toda vez que no cuenta con la documentación que permita establecer que la Gobernación del Valle del Cauca aceptó de manera expresa la ampliación de las facul-

526 Al respecto ver: Naranjo Flores, Carlos Eduardo y Cely Cubides, Diego Mauricio. *"Las excepciones al principio de anualidad en la contratación estatal"*. En Revista de Derecho Fiscal No 4 de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 248. En: www.uexternado.edu.co/derechofiscal.

527 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Germán Bula Escobar (E). Cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación interna: 2278. Número único: 11001-03-06-000-2016-00001-00.

528 La doctrina civilista ha señalado sobre la nulidad de los actos jurídicos, lo siguiente: *"Cuando un acto reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, y, además, los que siendo de la misma índole esencial determinan su ubicación en cierta especie de las en que dichos actos se clasifican, la ley lo reconoce como una de esas manifestaciones de la voluntad privada jurídicamente eficaces. Pero la concesión de esta visa no es incondicional ni irrevocable, sino que su conservación está sujeta a que el acto cumpla además otros requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación del orden público y a la protección de los terceros y aun de los mismos agentes. Tales son los requisitos para el valor de los actos jurídicos a que se refiere el artículo 1740 del Código Civil, y cuya falta sanciona el propio texto con la nulidad de tales actos, sanción que los condena a ser privados del a eficacia normativa que la ley, en principio, atribuye a las manifestaciones de voluntad privada. O dicho de otro modo: la nulidad es la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior. 'todo contrato legalmente celebrado -reza el artículo 1602- es una ley para las partes… y si el acto o contrato, en el momento mismo de su celebración, pugna con la preceptiva legal prescrita imperativamente, tal acto es nulo y está sujeto a la privación de su eficacia, según lo declara el mencionado artículo 1740 …'"* Op. Cit. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro. pág. 445.

tades del amigable componedor, específicamente en lo relacionado con la liquidación del convenio interadministrativo.

2. *¿Cuáles eran los alcances o límites de la decisión del amigable componedor en el caso concreto, y si podía llegar a revocar la decisión de terminar de mutuo acuerdo el Convenio y ordenar su continuidad por las obligaciones que se encontraban pendientes?*

El alcance de la decisión del amigable componedor está dado por: **(i)** las facultades otorgadas por las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad para dirimir las diferencias surgidas en la relación contractual y, **(ii)** por el ordenamiento jurídico**,** esto es, por los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos, que en términos generales están consagrados en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, capacidad legal, consentimiento libre de vicio, objeto lícito y causa lícita.

Respecto de los límites de la decisión del amigable componedor, la Sala se remite a las consideraciones realizadas sobre: **a)** la liquidación del convenio interadministrativo Nº 0832 de 2009 efectuada por fuera del término establecido en la ley y por lo tanto existe caducidad de la acción y, **b)** la imposibilidad de "revivir" el plazo contractual frente a un contrato vencido o terminado.

3. *¿Qué efectos tiene la decisión adoptada en el convenio de composición en el caso concreto, teniendo en cuenta que el documento denominado "acuerdo de composición" aún no ha sido suscrito por las partes?*

La decisión del amigable componedor es vinculante para las partes que sometieron sus diferencias a la decisión del tercero y no requiere pronunciamiento posterior ni ratificación de los contratistas para configurar su obligatoriedad.

Los efectos de la decisión del convenio de composición están establecidos en el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, el cual expresamente señala que la decisión del amigable componedor produce los efectos propios de la transacción.

Ahora, en el evento en el que las partes consideren que el convenio de composición está viciado de nulidad, deberán acudir al juez del contrato para que realice un pronunciamiento sobre la legalidad del mismo.

No obstante, la Sala observa según la información que reposa en la consulta, que el plazo para objetar está caducado.

4. *¿Cuál es el camino jurídico que debería seguir la Gobernación del Valle del Cauca en el caso concreto, esto es, si debe ejecutar la decisión del amigable componedor en los términos allí establecidos o si debe demandar la decisión por alguna causal que afecte su validez o eficacia?*

La Sala considera que la Gobernación del Valle del Cauca debería acudir ante el juez del contrato para que en el marco de un proceso judicial, se decida sobre la legalidad del

acuerdo de composición, teniendo en cuenta la eventual extralimitación del amigable componedor en las decisiones contenidas en el Convenio de Composición, según las consideraciones expuestas.

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.

## 4. Procedimiento para el pago de las indemnizaciones de las víctimas. Ley 975 de 2005.

**Radicado 2362**

Fecha: 20/03/2018
Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*
Levantamiento de la reserva mediante oficio del 14 de agosto de 2018 del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social consulta a la Sala sobre el procedimiento para el pago de las indemnizaciones de las víctimas reconocidas en una sentencia ejecutoriada y aquellas que se encuentran en proceso judicial de reconocimiento y no cuentan aún con una sentencia en firme.

### I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social señala que en virtud de la Ley 975 de 2005 –Ley de Justicia y Paz– y el artículo 2.2.5.1.1.1. del Decreto 1069 de 2015[529], el proceso penal especial allí consagrado es un mecanismo de justicia transicional excepcional a través del cual se procesan, juzgan y sancionan los crímenes cometidos en el marco del conflicto interno por personas desmovilizadas de grupos armados organizados al margen de la ley que decisivamente contribuyen a la reconciliación nacional y que han sido postuladas a este proceso por el Gobierno nacional, únicamente por los hechos cometidos durante y con ocasión a su pertenencia al grupo. De ahí que, siendo el proceso de Justicia y Paz un proceso de naturaleza penal, no permite que se realicen juicios de valor respecto de la responsabilidad del Estado en la comisión de hechos victimizantes, dado que existen instancias competentes para el efecto.

Asegura el consultante que los responsables de cumplir con el pago de las indemnizaciones ordenadas en las sentencias son los condenados y de forma solidaria el bloque o frente al que pertenecieron y, en forma subsidiaria, el Estado a través de la Unidad para las Víctimas – Fondo para la Reparación de las Víctimas, según el artículo 42 de la Ley 975 de 2005.

En efecto, afirma que con dicho objetivo la citada ley creó el Fondo para la Reparación de las Víctimas como una cuenta especial, sin personería jurídica, la cual está bajo la administración de la Unidad de Víctimas y cuyo régimen jurídico, la administración y recursos se encuentran principalmente señalados en el artículo 54 de la misma Ley 975 de 2005, el artículo 177 de la Ley 1448 y el Decreto 4802 de 2011.

Aduce que inicialmente el Director de la Red de Solidaridad Social fue designado como el ordenador del gasto de los recursos que conforman el Fondo, posteriormente lo fue el de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social-, entidad que después se transformó en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social por mandato de la Ley 1448 y el Decreto 4155, ambos de 2011. Debido al tránsito normativo, las funciones asignadas a la Red de Solidaridad en relación con el

529 Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho.

mencionado fondo se encuentran en la actualidad en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, según la Ley 1441 de 2011 y el Decreto 4802 de ese mismo año.

Agrega que el artículo 10 de la Ley 1441 de 2011 dispone que en las condenas judiciales se puede ordenar al Estado reparar económicamente y de forma subsidiaria a una víctima debido a la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos o bienes del victimario condenado o del grupo armado organizado al margen de la ley al cual este perteneció, caso en el cual el pago que deberá reconocer se limitará al monto establecido en el reglamento correspondiente para la indemnización individual por vía administrativa de que trata esa ley en el artículo 132, sin perjuicio de la obligación en cabeza del victimario de reconocer la totalidad de la indemnización o reparación decretada dentro del proceso judicial.

Indica además que el artículo 2.2.7.3.4 del Decreto 1084 de 2015[530] establece los montos de indemnización por vía administrativa que aplican a los casos donde el Estado concurre a pagar las indemnizaciones de manera subsidiaria y sostiene que "*la normativa vigente establece de forma clara que la reparación a las víctimas en el marco de los procesos de Justicia y Paz se debe financiar con los recursos aportados por los victimarios, de forma solidaria con los recursos de los bloques o frentes a los que éstos hubieran pertenecido y, ante la insuficiencia de los mismos, el Estado acude de forma subsidiaria, con recursos de Presupuesto General de la Nación".*

Subraya que la jurisprudencia ha reconocido que las indemnizaciones ordenadas en las diferentes sentencias de Justicia y Paz deben cancelarse conforme a las normas vigentes al momento de su ejecutoria, sin desconocer la decisión tomada por el juez natural facultado legalmente para tasarla y dentro de los límites previstos en los casos en que el Estado debe concurrir a la indemnización.

En ese sentido, indica que la Corte Constitucional en sentencias C-370 y C-575 de 2006 ha avalado esta forma de afectación de los recursos que integran el Fondo y el orden de obligados a indemnizar que debe seguirse para satisfacer el principio de reparación así: i) en primer lugar corresponde a los miembros de los grupos armados al margen de la ley indemnizar a las víctimas con su propio patrimonio por los actos ilegales por los cuales fueron condenados; ii) en segundo lugar, los demás miembros del grupo que adquieren, por el hecho de pertenecer a los mismos, una responsabilidad solidaria; y iii) en tercer lugar, solo cuando los recursos o bienes del victimario condenado o del grupo armado organizado al margen de la ley al cual este perteneció falten o sean insuficientes, o cuando la víctima no cuenta con decisión judicial que fija el monto de la indemnización, el Estado responde subsidiariamente.

Añade que la anterior posición ha sido reiterada en varias sentencias y, en consecuencia, antes de dirigirse a los recursos del Estado, debe acudirse a los miembros del grupo armado al margen de la ley perpetradores de los delitos para que respondan con su propio patrimonio y, en subsidio, y en virtud del principio de solidaridad al grupo

530 Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación.

al que estos pertenezcan. Así, sostiene que el Estado tiene una posición residual en el pago de la indemnización de las víctimas, concretamente cuando estas no cuentan con una decisión judicial que establezca el monto de la indemnización a que tienen derecho y cuando no son suficientes los recursos de los perpetradores, tal como lo reconocen la ley y la jurisprudencia, y que el orden señalado para reparar a las víctimas no viola el derecho a la igualdad de aquellas que solo tienen la expectativa de reparación en virtud de un proceso en curso frente a quienes ya tienen un derecho cierto contenido en una sentencia ejecutoriada.

No obstante lo expuesto, llama la atención acerca de que en diferentes procesos que adelanta el Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias para las salas de Justicia y Paz del territorio nacional, se ha manifestado la preocupación por la posible vulneración del derecho a la igualdad entre las víctimas que cuentan con una sentencia ejecutoriada respecto de aquellas con proceso en curso, quienes pueden resultar sin reparación en el evento en que se agoten los recursos disponibles.

Para una mayor explicación el consultante alude a algunos requerimientos judiciales y advierte que no pretende que se emita concepto sobre aspectos que se encuentran pendientes de decisión judicial, pues se trata de asuntos que ya fueron decididos pero en los cuales se expresa la necesidad de contar con un concepto acerca de la forma en que se deben organizar los recursos en el Fondo; en otros términos, se consulta acerca de la manera de llevar a cabo una actuación administrativa interna por parte de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV), como lo es la distribución de recursos en el fondo de reparación y no sobre aspectos que son objeto de debate ante una autoridad judicial.

Por último, el Departamento consultante cita algunos pronunciamientos judiciales en los cuales se ha dejado plasmada la necesidad de contar con un concepto de esta Sala para evitar futuras responsabilidades para el Estado por la insuficiencia de recursos para la indemnización de las víctimas cuyo proceso de reconocimiento judicial se encuentra en curso.

Con fundamento en lo anterior, el consultante formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Implica una posible vulneración del derecho a la igualdad una metodología consistente en distribuir y cancelar a prorrata las indemnizaciones a medida que las víctimas cuenten con un derecho cierto contenido en una sentencia de Justicia y Paz ejecutoriada, teniendo en cuenta que existen otras que tienen su proceso en curso?*

2. *¿Cuál debería ser la forma en la que el Fondo para la Reparación de las Víctimas realice la distribución de los recursos provenientes del postulado o del bloque, teniendo en cuenta la imposibilidad de conocer el universo de víctimas que serán reconocidas en las sentencias que están pendientes de fallo en el marco de la Ley de Justicia y paz y los bienes que a futuro se reciban?*

3. *Si en una sentencia de Ley 975 de 2005 se extingue el derecho de dominio de un bien proveniente de un bloque distinto al bloque al que perteneció el postulado*

*condenado en esa misma sentencia, ¿El Fondo para la Reparación de Víctimas luego de monetizar dicho activo debe utilizar estos recursos sólo para indemnizar a las víctimas del bloque al cual está ligado el bien? O ¿puede indemnizar a las víctimas del postulado condenado no obstante pertenecer a otro bloque, por haberse extinguido el bien en la misma sentencia condenatoria?*

## II. CONSIDERACIONES

La Sala realizó una audiencia el 7 de febrero de 2018 con algunos funcionarios del Departamento de la Prosperidad Social y de la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas con la finalidad de precisar algunos temas de la consulta, en particular, el procedimiento actual para el pago de las indemnizaciones, la manera como ingresan los bienes monetizados de los victimarios y/o bloque al Fondo y el comportamiento de los recursos del fondo frente a los pagos realizados a las víctimas.

Con el propósito de responder a los interrogantes formulados, la Sala se referirá a los siguientes temas: i) El principio constitucional de la igualdad; ii) La Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz; y iii) El nexo de causalidad como fundamento de la responsabilidad civil en el proceso transicional de Justicia y Paz.

### 1. El principio constitucional de la igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política consagra el principio de la igualdad en los siguientes términos:

> **"*Artículo 13.*** *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*
>
> *El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*
>
> *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".*

El principio de la igualdad establecido en el Capítulo I, Título II de la Carta Política constituye un derecho constitucional fundamental de todas las personas ante la ley y las autoridades de aplicación inmediata por mandato de la misma Carta[531] *"a través del cual se reconoce la importancia que tiene para el hombre, sobre todo dentro de una nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida convivente dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo"*[532]. Al decir de la Corte Constitucional *"la igualdad ante la ley y las autoridades ha quedado cris-*

531 El artículo 85 de la C.P. dispone que el artículo 13, entre otros, es de aplicación inmediata.
532 Corte Constitucional. Sentencia T-432 del 25 junio de 1992.

*talizada como derecho fundamental por cuanto es esencial al ser humano, pues elimina la esclavitud, la servidumbre, las prerrogativas hereditarias y los privilegios de clases (…)"*[533].

La consagración por parte de la Asamblea Nacional Constituyente del principio en el nuevo texto con un mayor alcance del establecido en la anterior Constitución Nacional de 1886, fue explicada así[534]:

> *"Constituye progreso indudable frente a la muy somera enunciación de nuestra Carta Centenaria, la obligación del Estado de promover las condiciones de igualdad y la obligatoria adopción de medidas contra grupos, víctimas de discriminación o marginados. Conjuga perfectamente con el derecho a la igualdad que se otorga a todas las personas, la obligación de los poderes públicos de tutelar* ***una de las más preciadas garantías de la persona humana.***
>
> *Es indispensable expresar como se establece en la proposición sustitutiva que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes. La consecuencia directa de la igualdad, es la no discriminación de las personas, ni para perjudicarlas ni para favorecerlas, por causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su lengua o su ideología religiosa o política. Pero, además de la igualdad, se debe establecer por parte del Estado especial protección para aquellos que se encuentran en un nivel de desigualdad frente a los demás".* (Resaltado textual).

De acuerdo con lo expuesto, el principio de la igualdad es una de las garantías más importantes para todas las personas, pues impone al Estado y sus autoridades el deber de otorgarles el mismo trato y protección y, a su vez, les reconoce el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, eliminando cualquier forma de discriminación. En desarrollo del mismo, el Estado debe promover las condiciones para que dicho derecho sea real y efectivo y, además, adoptar medidas en favor de grupos objeto de discriminación o marginamiento.

Por su parte, la jurisprudencia[535] ha aclarado el alcance del principio de la igualdad para destacar que es objetivo y solo es predicable de la identidad entre iguales, pues se desvirtuaría si se aplicara entre desiguales, así:

> *"**Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta**, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos.* ***Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.*** *Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.*

533 Ibídem.
534 Informe Ponencia para Primer Debate. Gaceta Constitucional No. 82.
535 Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992.

*Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.*

*Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. (…).*

*La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.*

***El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad** que, en palabras del tratadista italiano Mortati, 'consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance'".* (La Sala resalta).

En virtud de lo anterior, el principio de la igualdad implica que no se consagren en favor de algunas personas privilegios que no se conceden a otros que se encuentran en idénticas circunstancias. De esta forma, la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. Por tanto, como derecho, la igualdad impone el deber correlativo de no consagrar "*un igualitarismo jurídico entre quienes se hallan en diversidad de condiciones fácticas, es decir, la obligación de crear un sistema jurídico diferente para quienes se encuentran en desigualdad en los amplios y complejos campos de la vida política, económica, social y cultural"*[536].

Así las cosas, en relación con la consulta en cuanto a la posible vulneración del derecho a la igualdad si se aplicara una metodología para distribuir y cancelar a prorrata las indemnizaciones a las víctimas que tengan un derecho cierto mediante sentencia ejecutoriada frente a aquellas personas que tienen un proceso en curso, debe analizarse el marco legal y jurisprudencial que rige la distribución y pago de los recursos en estos eventos, tal como se realizará a continuación.

## 2. La Ley 975 de 2005. Ley de Justicia y Paz

### a. Antecedentes

En los últimos años el Derecho Internacional ha evolucionado hacia el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos humanos, propendiendo por la celebración y suscripción de convenios internacionales a través de los cuales se enmarque ese compromiso común de los países[537]. De manera correlativa se han fortalecido los mecanismos

536 Corte Constitucional. Sentencia T-432 del 25 junio de 1992.

537 Dentro de ellos están: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968); la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969 y aprobada mediante la Ley 16 de 1972); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (adop-

judiciales internacionales en esta materia para lograr la efectividad y cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las naciones. Dentro de este contexto y en aquellos países que sufren el conflicto armado, se ha aceptado la celebración de acuerdos y pactos políticos para alcanzar la reconciliación y la paz con grupos ilegales a cambio de beneficios penales a fin de propiciar la dejación de las armas. Es por ello que la comunidad internacional reconoce y admite "*una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado ´justicia transicional´ o ´justicia de transición´, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción"*[538].

Entonces, si bien la noción de "Justicia Transicional"[539] se fundamenta en la protección efectiva de los derechos humanos y la dignidad humana, no puede desconocerse que en ella está inmersa una "*tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación"*[540]. Por lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado a través de varias sentencias algunos estándares mínimos en materia de justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas que los Estados deben atender en los procesos que adelanten para lograr la paz, dentro de los cuales vale la pena citar: *"(i) el de la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas; (…) (iii) el del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales; (…) (v) el de los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos; (vi) el de los aspectos involucrados en el derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad…"*[541].

De igual forma, la citada Corte ha advertido la necesidad de que los gobiernos que adelanten procesos para lograr el cese del conflicto armado y alcanzar la reconciliación y la paz, garanticen el derecho a las víctimas y sus familiares a la justicia a través de un proceso judicial efectivo mediante el cual se investiguen y sancionen las violaciones de los derechos humanos[542]. Así mismo, al sentir de la citada Corte resulta imperativo reconocer el derecho de las víctimas de tales violaciones a obtener una reparación, la cual "*en la medida de lo posible debía ser plena, es decir debía consistir en el restablecimiento de la situación anterior a la violación"*[543] o, en su defecto, adoptar *"otras medidas de reparación,*

tada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984 y aprobada mediante la Ley 70 de 1986); y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (adoptada por la Asamblea General de la OEA en Brasil en 1994 y aprobada mediante la Ley 707 de 2001).

538 Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

539 "La justicia transicional es una modalidad jurídica que busca colaborar en la conversión de un Estado de violencia y de ausencia de garantías democráticas, a un Estado de paz y de respeto por las libertades civiles; excepcional, contingente y específica; un mecanismo tendiente al logro de la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, y un elemento insoslayable para la consolidación de la paz". Bernal Acevedo, Gloria y otra. "Aprendizaje Significativo de la Ley de Justicia y Paz". Grupo Editorial Ibañez. Gtz. Embajada de la República Federal de Alemania. Año 2009, p. 60.

540 Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

541 Ibídem.

542 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de septiembre de 2005 - Caso masacre de Mapiripán.

543 Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

*entre ellas el pago de una indemnización compensatoria"*[544] y en todo caso *"el otorgamiento de garantías de no repetición"*[545].

Acorde con los anteriores lineamientos, los procesos para alcanzar la paz en las naciones se deben fundamentar en los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

### b. Alcance

Mediante la expedición de la Ley 975 de 2005[546] denominada también "Ley de Justicia y Paz", el país continuó con el proceso de creación de un marco jurídico que propiciara la reinserción de los grupos armados al margen de la ley, el cual inició con la expedición de la Ley 418 de 1997[547], prorrogada y modificada parcialmente por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010, y 1738 de 2014.

Tal como lo señala la exposición de motivos, la Ley de Justicia y Paz se fundamenta *"en los derechos de verdad, justicia y reparación que asisten a las víctimas de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los grupos paramilitares, así como en el derecho de que el Estado prevenga la repetición de hechos de esa naturaleza, uno de cuyos elementos es sin duda la publicidad y memoria que los colombianos reciban y conserven de tales acciones"*[548]. Por tanto, uno de las bases fundamentales del proceso de concertación de los paramilitares para su entrega lo constituye el conocimiento de la verdad y la reparación de las víctimas[549].

Así, la Ley 975 de 2005 constituye un instrumento encaminado a lograr la reconciliación nacional, en tanto su propósito es promover y facilitar los procesos de paz en nuestro país[550], así como la reincorporación a la vida civil de los miembros de los grupos armados ilegales, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación (art. 1º)[551]. Conforme lo ha sostenido esta Corporación, la ley en mención *"contiene los elementos esenciales de una forma especial de administración de justicia para situaciones de trán-*

544 Ibídem.

545 Ibídem.

546 "Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios".

547 "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones".

548 *Gaceta del Congreso* No. 796 del 9 de diciembre de 2004. Exposición de motivos Proyecto de Ley 180 de 2004 – Senado "Por la cual se dictan normas sobre Verdad, Justicia, Reparación, Prevención, Publicidad y Memoria para el sometimiento de los grupos paramilitares que adelanten diálogos con el Gobierno".

549 "4. Solo el conocimiento de la verdad rehabilitará en el ámbito público la dignidad de las víctimas, facilitará a sus familiares y deudos la posibilidad de honrarlas como corresponde y permitirá reparar de forma integral los daños causados por la violación a todos sus derechos. Este proceso debe cimentarse sobre los derechos económicos sociales y culturales, colectivos, civiles y políticos de las víctimas. (…). 12. El proceso de negociación con las AUC, al no estar acompañado de auténticos procesos de verdad pública, de justicia, reparación y prevención, es funcional a la continuación de la guerra y a su profundización, y es causa de nuevas violencias, no un pilar para la construcción social de la paz y la reconciliación nacional". (Exposición de motivos del proyecto de Ley 180 de 2004- Senado). ibídem.

550 Al respecto la Corte Constitucional ha señalado: "El valor de la paz tiene distintas manifestaciones en la Constitución de 1991, como se anotó anteriormente. Entre ellas, cabe destacar que la paz es un derecho, a la vez que un deber (artículo 22 C.P.). Para lograr realizar el valor constitucional de la paz, el Congreso plasmó en la Ley diversas fórmulas que, en términos generales, implican una reforma al procedimiento penal con incidencias en el ámbito de la justicia –entendida como valor objetivo y también como uno de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos". Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

551 A cuyo tenor: "Artículo 1o. Objeto de la presente ley. La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.//Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002".

*sito de un periodo de violencia a otro de consolidación de la paz"*[552], como desarrollo del derecho constitucional a la paz (artículo 22 C.P.) que constituye un fin fundamental del Estado Colombiano, un derecho subjetivo de todos los seres humanos y un deber jurídico de todos los colombianos[553]. Precisamente en aras de su efectividad "*el legislador puede establecer beneficios penales, siempre que no desproteja los derechos de las víctimas ni viole la Constitución"*[554], fundamento que sirvió de base para expedir la Ley de Justicia y Paz[555] como un instrumento para lograr la paz en Colombia y como un medio para superar el conflicto armado interno.

El Decreto 3011 de 2013[556] mediante el cual se reglamentó la citada ley, entre otros, de manera expresa reconoce que el proceso penal especial allí consagrado, constituye un mecanismo excepcional de justicia transicional con la finalidad de alcanzar la paz en Colombia, así:

> ***"Artículo 1°. Naturaleza del proceso penal especial de justicia y paz.*** *El proceso penal especial consagrado en la Ley 975 de 2005 es un mecanismo de justicia transicional, de carácter excepcional, a través del cual se investigan, procesan, juzgan y sancionan crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno por personas desmovilizadas de grupos armados organizados al margen de la ley que decisivamente contribuyen a la reconciliación nacional y que han sido postuladas a este proceso por el Gobierno nacional, únicamente por hechos cometidos durante y con ocasión a su pertenencia al grupo. Este proceso penal especial busca facilitar la transición hacia una paz estable y duradera con garantías de no repetición, el fortalecimiento del Estado de Derecho, la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y la garantía de los derechos de las víctimas".* (La Sala subraya).

Atendiendo el marco jurídico citado, el procedimiento penal especial fijado en la Ley 975 de 2005, está conformado por dos etapas[557]: una de carácter administrativa y otra de carácter judicial (art. 8)[558]. La primera fase es competencia exclusiva del Gobierno nacional a quien le corresponde elaborar la lista con los nombres de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que desean desmovilizarse, denominados 'postulados'[559] y acceder a los beneficios reconocidos en la ley[560]. La segunda es la fase judicial

552 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 2012 (Rad. 2082).

553 Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

554 Corte Constitucional. Comunicado de Prensa del 18 de mayo de 2006.

555 "… la Ley de Justicia y Paz desde el punto de vista teórico, es un manifestación de la *justicia transicional*, sin desconocer la compleja realidad colombiana que conlleva a reconocer la existencia del conflicto armado, circunscribir la verdad a la verdad judicial, la aceptación de penas alternativas a los victimarios que se acojan a ella, ampliar el marco judicial para la efectividad de los derechos de las víctimas como ha sido el derrotero de la jurisprudencia nacional, que la reparación no quede solo en el marco administrativo y económico". Bernal Acevedo, Gloria y otra. "Aprendizaje Significativo de la Ley de Justicia y Paz". Grupo Editorial Ibáñez. Gtz. Embajada de la República Federal de Alemania. Año 2009. Págs. 64 y 65.

556 Incorporado en el Decreto 1069 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho", artículo 2.2.5.1.1.1 y siguientes.

557 Ibídem.

558 Incorporado en el Decreto 1069 de 2015 "Artículo 2.2.5.1.2.1. Procedimiento penal especial de justicia y paz. El procedimiento especial de justicia y paz se divide en una etapa administrativa y una etapa judicial. La etapa administrativa inicia con la solicitud de postulación por parte del desmovilizado y culmina con la presentación del Gobierno Nacional de las listas de postulados a la Fiscalía General de la Nación. Una vez recibidas dichas listas por parte de la Fiscalía General de la Nación, inicia la etapa judicial".

559 Es el miembro del grupo armado al margen de la ley que se desmovilice y solicite ser beneficiado con las disposiciones de la Ley de Justicia y Paz, de conformidad con los artículos 10 y 11 ibídem y el ARTÍCULO 10 y siguientes del Decreto 3011 de 2013 incorporado en el Decreto 1069 de 2015.

560 Corte Constitucional. Sentencia C-752 del 30 de octubre de 2013.

que se encuentra a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y de los Tribunales de Justicia y Paz, a quienes les compete, luego de recibir la lista de los postulados elaborada por el Gobierno nacional, adelantar las distintas etapas del proceso penal: la investigación, juzgamiento, imposición de la sanción y aplicación de los beneficios judiciales[561].

Tal como ha indicado esta Sala la fase administrativa compete al Gobierno nacional "*quien una vez agotadas las constataciones de ley y efectuadas las respectivas valoraciones, concluirá la actuación con la respectiva postulación ante la Fiscalía General de la Nación, lo que permite afirmar que dicha postulación es un verdadero requisito de procedibilidad para poder dar curso a la actuación penal"*[562]. Por lo tanto "*se trata de un procedimiento complejo, en tanto del mismo hacen parte autoridades distintas e incluso ramas del poder público diferentes"*[563].

En consecuencia, la Ley 975 de 2005 constituye un mecanismo transicional diseñado por el legislador para lograr la reconciliación nacional y facilitar los procesos de paz en Colombia a fin de que los grupos armados al margen de la ley se desmovilicen y se reincorporen a la vida civil. Para el logro de dicho propósito, se establece un procedimiento penal especial, compuesto de una fase administrativa y judicial, a través del cual se reconocen algunos beneficios a los postulados, otorgando prioridad en la investigación, procesamiento y sanción de aquellas personas vinculadas a grupos armados al margen de la ley que hayan cometido o participado en delitos durante su pertenencia a esos grupos y que hayan decidido desmovilizarse (art. 2º)[564], sin dejar de lado el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

### c. Las víctimas como parte fundamental de la Ley de Justicia y paz. Derecho a la reparación

Siguiendo los lineamientos fijados por el derecho internacional ya expuestos, la Ley 975 de 2005 consagró en forma expresa dentro de su objeto el de garantizar los derechos de las víctimas[565] a la verdad, la justicia y la reparación[566], pues parte fundamental y esencial del proceso de reinserción de los grupos armados al margen de la ley la constituyen las

561 "En tal medida, como dice la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con la postulación el proceso deja de ser político gubernativo para convertirse en estrictamente judicial y es por ello que si se ha iniciado el trámite judicial en los términos de la Ley 975 de 2005, toda decisión que pretenda excluir de los beneficios de la ley a un postulado -por solicitud propia, de la Fiscalía o del Gobierno Nacional- o que se enderece al archivo de las diligencias o la preclusión de la investigación, debe ser adoptada por los jueces". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2288 del 8 de junio de 2016. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 12 de febrero de 2009. Radicado 30998.

562 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2288 del 8 de junio de 2016.

563 Ibídem.

564 El artículo 2º modificado por la Ley 1592 de 2012 dispone: "Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, aplicando criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas".

565 La Corte Constitucional en Sentencia C-228 de 2002 reconoció que existe una tendencia mundial recogida por nuestra Constitución Política, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad sobre lo acaecido y se haga justicia.

566 "La Ley de Justicia y Paz busca llegar a la **verdad**, derecho de carácter colectivo para la sociedad y un derecho particular para los familiares de las víctimas; a la **justicia** mediante la participación en las audiencias penales tanto en la fase de instrucción como de juzgamiento, y a la **reparación** que conlleva la restitución plena, la indemnización, rehabilitación, reparación simbólica, colectiva e individual". Bernal Acevedo, Gloria y otra. "Aprendizaje Significativo de la Ley de Justicia y Paz". Grupo Editorial Ibáñez. Gtz. Embajada de la República Federal de Alemania. Año 2009. Págs. 22 y 23.

víctimas de los delitos cometidos por estos. El artículo 5 de la Ley 975 de 2005[567] las define como las personas que:

1) Han sufrido daños físicos, emocionales, psicológicos, sociales o económicos como consecuencia de actos violentos cometidos por miembros de los grupos armados ilegales que se desmovilicen y entren al proceso de justicia y paz.

2) Los familiares (padres, hijos, cónyuges, compañero o compañera permanente, entre otros) que sufrieron daños por acciones de los miembros de estos grupos.

3) Han tenido que desplazarse de manera obligatoria de su lugar de origen, o han sufrido amenazas contra su vida.

4) Son miembros de la fuerza pública y han sufrido daños cometidos por los desmovilizados, o los familiares en primer grado de un miembro de la fuerza pública que haya perdido la vida por acciones del grupo.

A su turno, el artículo 6 de la Ley 975 de 2005[568] establece que son derechos de las víctimas: la verdad, la justicia y la reparación integral[569]; en relación con este último derecho el artículo 8[570] dispone que comprende las acciones que busquen, entre otras, la indemnización, entendida como la compensación *de "los perjuicios causados por el delito".* Al respecto y con base en el informe que sirvió de fundamento para establecer los principios para los derechos humanos contra la impunidad, proclamados por la ONU[571], la Corte Constitucional indicó:

> *"Este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes:*
>
> *a) Medidas de restitución (tendientes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación);*
>
> *b) Medidas de indemnización (perjuicio síquico y moral, así como pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica); y*

567 Modificado por el artículo 2 de la Ley 1592 de 2012. La Corte Constitucional en sentencia C-911 de 2013 declaró exequible en forma condicionada el inciso quinto del artículo, en los siguientes términos: "en el entendido que también se tendrán como víctimas a los familiares en primer grado civil de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún miembro de los grupos armados organizados al margen de la ley".

568 Modificado por el artículo 4 de la Ley 1592 de 2012: "Derechos de las víctimas. Las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. La definición de estos derechos se encuentra desarrollada en la Ley 1448 de 2011. Para estos efectos las víctimas tendrán derecho a participar de manera directa o por intermedio de su representante en todas las etapas del proceso a las que se refiere la presente ley, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1448 de 2011 (…)".

569 Luego del análisis de diferentes pronunciamientos de tribunales internacionales, la Corte Constitucional en Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006 concluyó: "Las obligaciones de reparación conllevan: (i) en primer lugar, si ello es posible, la plena restitución (restitutio in integrum), 'la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación'; (ii) de no ser posible lo anterior, pueden implicar otra serie de medidas que además de garantizar el respecto (sic) a los derechos conculcados, tomadas en conjunto reparen la consecuencias de la infracción; entre ellas cabe la indemnización compensatoria (…)".

570 El artículo 8 fue modificado y derogado en forma expresa por la Ley 1592 de 2012. Sin embargo, mediante la Sentencia C-286 de 2014, la Corte Constitucional ordenó su reincorporación, razón por la cual se trata de una norma especial y resulta preferente en su aplicación frente a la definición consagrada en la Ley 1448 de 2011, a pesar de que el artículo 6 de la Ley 975 de 2005 (modificado por la Ley 1592 de 2012) ordena remitirse a la definición consagrada en la Ley 1448 de 2011.

571 "Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad" y "Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad", proclamados por la ONU en 1998.

*c) Medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica)"*[572].

Entonces, el derecho a la reparación comprende[573], entre otras, medidas de indemnización que buscan reparar a las víctimas por los daños materiales, físicos, emocionales, psicológicos o económicos que hayan sufrido.

Consecuente con ello, el artículo 37 de la Ley 975 de 2005 al referirse a los derechos de las víctimas, dispone que tienen, entre otros, el de obtener una *"pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe del delito";* expresión subrayada declarada exequible en forma condicionada por la Corte Constitucional, en el entendido que "*todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas (…) y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron"*[574].

A su turno, el artículo 42[575] *ibídem* establece que corresponde a los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados de la aplicación de la ley *"reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueren condenados mediante sentencia judicial".* Por esto, es requisito esencial y previo para acceder a los beneficios penales de la Ley de Justicia y Paz, la entrega de los bienes producto de la actividad ilegal, para reparar a las víctimas por los perjuicios sufridos.

En efecto, los artículos 10 y 11 *ejusdem* establecen como requisito de elegibilidad para la desmovilización colectiva e individual y acceder a los beneficios allí consagrados, la entrega de todos los bienes producto de la actividad ilegal a fin de que con ellos se repare a las víctimas. A su vez, los artículos 11C y 11D[576] *ibídem* disponen, respectivamente, que los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados[577] deben tener vocación reparadora entendida como la aptitud de tales bienes "*para reparar de manera efectiva a las víctimas"* e imponen el deber a los postulados de contribuir a la reparación integral de las víctimas para lo cual deben "*entregar, ofrecer o denunciar todos los bienes adquiridos por ellos o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona".*

Sobre este tema, la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006 señaló que no existe soporte constitucional alguno que permita sostener que en los casos de procesos de violencia masiva se debe dejar de aplicar el principio general del derecho según el cual quien causa un daño debe repararlo sino que por el contrario *"la reparación económica*

572 Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

573 "A partir del marco constitucional antes presentado y los lineamientos que al respecto ha establecido el derecho internacional, se establece que en materia de reparación las víctimas tienen en términos generales dos derechos: i) a tener y poder ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz para obtener la reparación y ii) a ser reparadas adecuadamente por los perjuicios sufridos". Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2014.

574 Corte Constitucional. Sentencia C-575 del 25 de julio de 2006.

575 El artículo 42 fue derogado en forma expresa por la Ley 1592 de 2012. Sin embargo, mediante la Sentencia C-286 de 2014, la Corte Constitucional ordenó su reincorporación.

576 Adicionados por los artículos 7 y 8 de la Ley 1592 de 2012, en su orden.

577 De acuerdo con el Decreto 3011 de 2013 (incorporado en el Decreto 1069 de 2015) los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado de manera individual o colectiva deben postularse ante el Gobierno Nacional para ingresar a la lista de postulados y acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y paz previa verificación por parte del Gobierno del cumplimiento de los requisitos legales exigidos.

*a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad".*

En esta misma línea el inciso 2º del artículo 11D[578] de la Ley de Justicia y Paz establece de manera imperativa la exclusión del proceso o la pérdida del beneficio de la pena alternativa al postulado que no entregue o denuncie todos los bienes adquiridos por el o por el grupo armado organizado al margen de la ley. La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de esta disposición señaló que la diligencia de versión libre y confesión constituye la oportunidad para que el postulado declare los bienes que entregará para reparar a las víctimas y es en dicho momento procesal donde se *"materializa y hace manifiesta su voluntad expresa de acogerse al trámite y beneficios de dicha ley, pues en ella se obliga a decir toda la verdad, en particular, a declarar todos los bienes adquiridos ilícitamente, con los cuales se compromete a contribuir a la reparación integral de las víctimas. (…) tal diligencia pasa a ser el primer referente procesal con que cuenta la fiscalía para verificar si el postulado honra su compromiso, es decir, para establecer si éste actúa con la intención real de hacer entrega de bienes e indemnizar a sus víctimas, o si lo hace como una manera de dilatar el proceso penal, pues* ***el ofrecimiento de los bienes es indicativo de que tan cierto es el propósito que tiene de reconciliación****"*[579] (La Sala resalta).

En esta misma dirección, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en fecha reciente[580] para señalar que la Ley de Justicia y Paz busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas. Así mismo, explicó que la reparación a las víctimas constituye un objetivo esencial del trámite transicional y por ello el artículo 17A *ibídem* prevé la posibilidad de extinguir el dominio de los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados para contribuir a la reparación integral, así como de aquellos que identifique la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones. Agregó que la imposición de medidas cautelares procede respecto de dichos bienes, siempre que sea factible inferir que su titularidad, real o aparente, corresponde al postulado o al grupo armado al margen de la ley. Sumado a ello, indicó que se debe ostentar la vocación reparadora, es decir, la aptitud para reparar de manera efectiva a las víctimas.

De acuerdo con lo anterior se concluye que los postulados son los llamados en primer lugar a reponer el daño[581] y, por ende, indemnizar a las víctimas con su patrimonio por los perjuicios ocasionados por los actos ilegales por los cuales resulten condenados; y, en segundo lugar, responden también solidariamente junto con los demás miembros del grupo o bloque armado al cual hayan pertenecido por los daños ocasionados a las víctimas[582]. En síntesis: además de la responsabilidad individual surge la responsabilidad

578 Adicionado mediante el artículo 8 de la Ley 1592 de 2012. Inciso declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-752 de 2013.

579 Corte Constitucional. Sentencia C-752 de 2013.

580 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP-81202017 (50873) del 29 de noviembre de 2017.

581 A diferencia de la Ley de Justicia y Paz, existen jurisdicciones en las cuales el Estado asume el pago de los daños con independencia de la imputación de responsabilidad. En España por ejemplo, en el caso de ataques terroristas en desarrollo del principio de solidaridad nacional se creó "un sistema de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo que estas puedan accionar siempre que cumplan con los requisitos que la ley que regula el tema les exige. (…)". Mediante "la Ley 29 de 2011 reglamentada por el Real Decreto 671 de 2013 se reguló el Sistema de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (…) España hace parte de los Estados en los cuales se socializan los riesgos por medio de un mecanismo administrativo de reconocimiento y protección de las víctimas del terrorismo, no sin olvidar que aún el régimen de responsabilidad y reparación ante la administración y el contencioso administrativo son una vía de reconocimiento legítima". Sociedad, Derecho y Estado. Tomo IV. Editorial Universidad del Rosario. 2014. Págs. 157 y ss.

582 Corte Constitucional. Sentencias C- 575 y C-370 de 2006, y C-752 de 2013.

solidaria para los demás miembros del grupo quienes también deben responder por dicha obligación reparatoria. En tal sentido, el artículo 15 del Decreto 3391 de 2006[583] establece:

> *"De la responsabilidad de reparar a las víctimas. Son titulares de la obligación de reparación a las víctimas, los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, entendiendo por tal el bloque o frente respectivo, las cuales hayan causado un daño real, concreto y específico a las mismas.*
>
> *Subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo. Para que surja la responsabilidad solidaria, será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico; la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual (…)"* (La Sala subraya).

De manera excepcional y atendiendo lineamientos internacionales como los establecidos por la Asamblea de Naciones Unidas[584], según los cuales corresponde al Estado procurar el pago de la indemnización a las víctimas cuando los recursos del victimario no alcancen, el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011 dispone que corresponde al Estado reparar económicamente a las víctimas en forma subsidiaria y ante la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos del victimario condenado pero aclara que no implica reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Igualmente, establece la norma que en los procesos penales en que se condene al victimario y deba el Estado concurrir subsidiariamente a la indemnización, esta se sujetará a los límites legales establecidos para la indemnización individual por vía administrativa, sin perjuicio de la obligación para el victimario de reconocer el total de la indemnización o reparación ordenada en el proceso.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló de manera clara que el Estado solamente debe responder por sus acciones u omisiones; en oposición a dicho principio y de manera excepcional y subsidiaria, también responde cuando los recursos de los victimarios resulten insuficientes para pagar a las víctimas, pues no resulta acorde que en los procesos de justicia transicional hacia la paz esta distribución de responsabilidades se modifique[585]. En efecto *"(…) La Corte no desconoce que frente al tipo de delitos de que trata la ley demandada parece necesario que los recursos públicos concurran a la reparación,*

583 Incorporado en el artículo 2.2.5.1.2.2.17 del Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho 1069 de 2015, a pesar de su derogatoria expresa por el artículo 99 del Decreto 3011 de 2013.

584 La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder proferida mediante Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 establece que: "12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:
a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización (…)".

585 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

*pero esto solo de forma subsidiaria"*, pues no resulta acorde con los principios de responsabilidad consagrados en la Constitución y la ley *"relevar completamente a los perpetradores de delitos atroces o de violencia masiva, de la responsabilidad que les corresponde por tales delitos. De esta manera, resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados (…)"*[586].

En relación con el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011 señaló esta Sala[587]:

> *"A juicio de la Sala la norma se ajusta a la regla insoslayable analizada en este concepto, en el sentido que son los victimarios los principales llamados a la reparación de las víctimas, y el Estado como representante de la sociedad, siguiendo los principios de ponderación de los intereses en juego dentro de un proceso de justicia transicional, en el cual deben descartarse posiciones extremas, sólo concurre en un carácter subsidiario y limitado por dicha reparación, en los términos que señale la ley.* (Se subraya).

En desarrollo de lo dispuesto en la norma en comento y el artículo 132 ibídem[588], el Gobierno nacional expidió el Decreto 4800 de 2011[589], mediante el cual estableció los topes máximos para la indemnización individual por vía administrativa que puede reconocer el Estado, así:

> *"Artículo 149. Montos. Independientemente de la estimación del monto para cada caso particular de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas podrá reconocer por indemnización administrativa los siguientes montos:*
>
> *1. Por homicidio, desaparición forzada y secuestro, hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales.*
>
> *2. Por lesiones que produzcan incapacidad permanente, hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales.*
>
> *3. Por lesiones que no causen incapacidad permanente, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.*
>
> *4. Por tortura o tratos inhumanos y degradantes, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.*

586 Ibídem.

587 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 2012 (Rad. 2082).

588 "Artículo 132. Reglamentación. El Gobierno Nacional, reglamentará dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, el trámite, procedimiento, mecanismos, montos y demás lineamientos para otorgar la indemnización individual por la vía administrativa a las víctimas. Este reglamento deberá determinar, mediante el establecimiento de criterios y objetivos y tablas de valoración, los rangos de montos que serán entregados a las víctimas como indemnización administrativa dependiendo del hecho victimizante, así como el procedimiento y los lineamientos necesarios para garantizar que la indemnización contribuya a superar el estado de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima y su núcleo familiar. De igual forma, deberá determinar la manera en que se deben articular las indemnizaciones otorgadas a las víctimas antes de la expedición de la presente ley".

589 Incorporado en el artículo 2.2.7.3.4 del Decreto Único 1084 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación".

*5. Por delitos contra la libertad e integridad sexual, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.*

*6. Por reclutamiento forzado de menores, hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.*

*7. Por desplazamiento forzado, hasta diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales".*

Antes de la expedición de la normativa citada, los montos máximos de indemnización administrativa estaban regulados en el Decreto 1290 de 2008[590] en forma similar a los límites trascritos con excepción de la indemnización por desplazamiento forzado que correspondía a veintisiete (27) salarios mínimos mensuales legales. En virtud de ello, el artículo 155 de la Ley 1448 de 2011 establece un régimen de transición para aquellas solicitudes de indemnización por vía administrativa presentadas antes del 20 de diciembre de 2011, fecha de expedición de la ley.

Como corolario de todo lo expuesto se advierte que la indemnización de las víctimas corresponde en primer lugar a los postulados y solidariamente a los grupos armados a los cuales pertenecen y, de manera excepcional y en subsidio, al Estado, ante la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos del victimario y siempre dentro de los límites establecidos. En consecuencia, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos y en virtud del principio de solidaridad, el grupo al que estos pertenezcan, por lo cual antes de dirigirse a los recursos del Estado debe acudirse a ellos para que respondan con su propio patrimonio por los perjuicios ocasionados a las víctimas del conflicto armado.

### d. El Fondo para la Reparación de las Víctimas. Recursos que lo integran, orden de afectación y deber de pago a las víctimas

El artículo 54 de la Ley 975 de 2005[591] creó el Fondo para la Reparación de las Víctimas, como una cuenta especial sin personería jurídica, integrada por los bienes o recursos que

590 El artículo 5° del Decreto 1290 de 2008 "Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley" dispone: "Indemnización solidaria. El Estado reconocerá y pagará directamente a las víctimas, o a los beneficiarios de que trata el presente decreto, a título de indemnización solidaria, de acuerdo con los derechos fundamentales violados, las siguientes sumas de dinero:
• Homicidio, Desaparición Forzada y Secuestro: Cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales.
• Lesiones Personales y Psicológicas que Produzcan Incapacidad Permanente: Hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales.
• Lesiones Personales y Psicológicas que no causen Incapacidad Permanente: Hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
• Tortura: Treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
• Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual: Treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
• Reclutamiento Ilegal de Menores: Treinta (30) salarios mínimos mensuales legales.
• Desplazamiento Forzado: Hasta veintisiete (27) salarios mínimos mensuales legales.
Parágrafo 1°. Los montos de indemnización solidaria previstos en salarios mínimos mensuales legales, serán los vigentes al momento del pago".

591 "Artículo 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas. Créase el Fondo para la Reparación de las Víctimas, como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Director de la Red de Solidaridad Social. Los recursos del Fondo se ejecutarán conforme a las reglas del derecho privado.
El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras.
Los recursos administrados por este Fondo estarán bajo la vigilancia de la Contraloría General de la República.
Parágrafo. Los bienes a que hacen referencia los artículos 10 y 11, se entregarán directamente al Fondo para la Reparación de las Víctimas creado por esta ley. Igual procedimiento se observará respecto de los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización, siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la presente ley.
El Gobierno reglamentará el funcionamiento de este Fondo y, en particular, lo concerniente a la reclamación y entrega de bienes respecto de terceros de buena fe".

a cualquier título entreguen las personas o grupos armados organizados ilegales, aquellos que provengan del presupuesto nacional, y las donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras. Inicialmente el ordenador de dicha cuenta era el Director de la Red de Solidaridad Social; luego, con ocasión de la expedición de la Ley 1448 de 2011 se creó el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas y la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas a cargo de la coordinación de todas la entidades que conforman dicho sistema y responsable de la administración del Fondo en mención, así como del pago de las indemnizaciones judiciales ordenadas en el marco de la Ley 975 de 2005 (arts. 159 y ss).

El artículo 177 de la Ley 1448 de 2011 adiciona las siguientes fuentes de recursos al Fondo: i) El producto de las multas impuestas a los individuos o a los grupos armados al margen de la ley en el marco de procesos judiciales y administrativos; ii) las contribuciones voluntarias efectuadas por gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y demás entidades; iii) las sumas recaudadas por entidades financieras por donaciones voluntarias en cajeros automáticos e internet; iv) las sumas recaudadas por almacenes de cadena y supermercados por donación voluntaria del redondeo de vueltas; v) los montos de las condenas económicas por concierto para delinquir por promover o financiar a grupos armados al margen de la ley; vi) el monto establecido en la sentencia a empresas por apoyar esos grupos; y vii) los recursos de procesos de extinción de dominio en virtud de la Ley 793 de 2002 según lo que señale el Gobierno nacional.

En sentencia C- 370 de 2006, la Corte Constitucional estableció que dado el nexo de causalidad entre la actividad del grupo al margen de la ley y los daños ocasionados a las víctimas, la responsabilidad civil debe ser solidaria para los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley por los daños ocasionados a las víctimas por otros de sus miembros; en tal virtud, en dicha providencia declaró la exequibilidad condicionada del inciso 2 de artículo 54 de la Ley de Justicia y Paz "*en el entendido que todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado específico al cual pertenecieron*", con sustento en las siguientes consideraciones:

- *"6.2.4.4.10. Para la Corte es claro que si los beneficios que establece la ley son para el grupo específico, o para sus miembros en razón a la pertenencia al bloque o frente correspondiente, éste debe tener correlativas responsabilidades de orden patrimonial, incluso al margen de la determinación de responsabilidades de índole penal, siempre y cuando se establezca el daño y la relación de causalidad con la actividad del grupo específico y se haya definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al frente o bloque correspondiente (…).*

- *6.2.4.4.11. No obstante (…) el artículo 54, inciso segundo (…) no señala a qué título responden los miembros del grupo específico, es decir, del bloque o frente dentro del cual realizaron actividades delictivas. Tampoco indica en qué situación se encuentran las víctimas de cada frente o bloque en punto a la indemnización de*

*los perjuicios que tales grupos específicos le ocasionaron. De tal manera que dicho artículo establece un mecanismo de reparación colectiva, sin indicar aspectos esenciales de la responsabilidad en que dicha reparación colectiva encuentra fundamento. Esto crea una ambigüedad sobre las bases y los alcances de dicha responsabilidad, a tal punto que se podría concluir que las víctimas solo tienen derecho a la reparación en la medida en que el perpetrador específico del delito que les ocasionó el daño cuente con recursos suficientes para pagar la correspondiente indemnización, lo cual sería una afectación desproporcionada de dicho derecho que quedaría librado a la disponibilidad de recursos de cada individuo perpetrador del delito. Esa interpretación es manifiestamente inconstitucional en el contexto de la desmovilización de grupos armados al margen de la ley estimulada por beneficios penales. Por eso, es necesario condicionar la exequibilidad de la norma, sin impedir que el Fondo de Reparación sea alimentado por recursos del presupuesto nacional y por donaciones, habida cuenta del goce efectivo del derecho a la reparación de las víctimas que podría verse seriamente disminuido si el Fondo de Reparación fuera integrado exclusivamente con bienes o recursos de los integrantes de cada frente o bloque armado ilegal.*

*6.2.4.4.12. Los argumentos relativos a la necesidad de proteger los derechos de las víctimas a la reparación se atienden con el condicionamiento que la Corte introducirá a la norma, en el sentido que quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del grupo armado específico responden civilmente, de manera solidaria, con su patrimonio, por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del bloque o frente al cual pertenecieron, no solo por los perjuicios derivados de los delitos por los cuales fueren individualmente condenados".* (La Sala subraya).

En la misma providencia la Corte indicó que la satisfacción del principio de reparación exige atender un orden de afectación de los recursos que integran el Fondo, así: *"los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores.* ***Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos****. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes"*[592] (se resalta).

Posteriormente, la citada Corte en sentencia C-575 de 2006[593] reiteró lo señalado en la sentencia en mención y concluyó:

*"De lo decidido en dicha sentencia se desprende claramente que i) todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su*

592 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.
593 Corte Constitucional. Sentencia C-575 del 25 de julio de 2006.

*propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados, ii) también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado específico al cual pertenecieron, iii) la satisfacción del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo de reparación establecido por la Ley 975 de 2005. Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos". (La Sala subraya).*

De acuerdo con los pronunciamientos del órgano constitucional y atendiendo el orden de afectación de los recursos que integran el Fondo, los primeros llamados a responder por la indemnización y reparación de las víctimas son los perpetradores del delito y en forma solidaria el grupo específico al cual pertenezcan; en el evento en que los recursos de los perpetradores resulten insuficientes, pues al sentir de la Corte[594], la asignación de la responsabilidad civil a los victimarios no libera al Estado de las obligaciones que en forma subsidiaria le corresponden frente a las víctimas.

Acogiendo los anteriores precedentes jurisprudenciales, el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011 reguló en forma expresa las condenas en subsidiariedad a cargo del Estado, delimitando el monto a las indemnizaciones individuales que se establezcan por vía administrativa[595], en los siguientes términos:

*"**Artículo 10. Condenas en subsidiariedad**. Las condenas judiciales que ordenen al Estado reparar económicamente y de forma subsidiaria a una víctima debido a la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos o bienes del victimario condenado o del grupo armado organizado al margen de la ley al cual este perteneció, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado o de sus agentes.*

*En los procesos penales en los que sea condenado el victimario, si el Estado debe concurrir subsidiariamente a indemnizar a la víctima, el pago que este deberá reconocer se limitará al monto establecido en el reglamento correspondiente para la indemnización individual por vía administrativa de que trata la presente ley en el artículo 132, sin perjuicio de la obligación en cabeza del victimario de reconocer la totalidad de la indemnización o reparación decretada dentro del proceso judicial".*

Según lo expuesto, la indemnización de las víctimas corresponde en primer lugar a los victimarios y solidariamente a los miembros de los grupos armados de los cuales formaban parte. Dicho de otro modo, los directamente obligados a reparar son, de una parte, el

594 Ibídem.

595 El monto de las indemnizaciones fue establecido en el Decreto 4800 de 2011 incorporado actualmente en el Decreto Único 1084 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación". Antes se encontraba señalado en el Decreto 1290 de 2008.

procesado y, de otra, los miembros del grupo armado al margen de la ley, ya que en razón al nexo común surge una obligación solidaria para reparar a las víctimas.

Sin embargo, en subsidio corresponde al Estado reparar económicamente a las víctimas debido a la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos o bienes, conforme lo regula el artículo 10 citado, caso en el cual el pago se limita al monto establecido en el reglamento correspondiente para la indemnización individual por vía administrativa, sin que conlleve reconocimiento de responsabilidad para el Estado. Al respecto procede traer a colación lo expuesto por esta Sala en concepto 2082 de 2012[596]:

> *"Este deber de reparación se materializa en la sentencia judicial que se dicte en contra de los procesados en virtud de esa ley, entre los cuales en manera alguna se encuentra el Estado. Se confirma lo dicho, por la manera como el artículo 23 de la citada ley regula el incidente de reparación integral como una relación jurídica entre la víctima (acreedor) y el imputado (deudor) respecto de una pretensión: la reparación y, en particular, el pago de los perjuicios por los ´daños causados por la conducta criminal´.*
>
> ***Indiscutiblemente dicha pretensión en modo alguno se dirige contra el Estado, toda vez que en esa relación no es parte el Fondo de Solidaridad para la Reparación de Víctimas, ni mucho menos la Nación. La presencia del Fondo,*** *a través del Director de la entonces Red de Solidaridad Social,* ***se da "exclusivamente" en su calidad de ordenador del gasto del Fondo, sin que ello signifique la asunción de responsabilidad por parte del Estado en la reparación que corresponde al imputado"****.* (La Sala resalta).

De otro lado y como ya se indicó el proceso penal especial previsto en la Ley de Justicia y Paz está conformado por una fase administrativa a cargo del Gobierno nacional y una fase judicial a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Esta última fase tiene como propósitos principales: i) lograr el esclarecimiento de la verdad en relación con los hechos investigados; ii) la determinación de los autores y partícipes; iii) la evaluación de sus antecedentes judiciales y de policía; iv) la determinación de los daños causados a las víctimas con sus actividades ilegales y, v) la identificación de los bienes, recursos y fuentes de financiación.

El proceso judicial está conformado por diferentes etapas establecidas y reguladas en la ley[597] en las cuales se debe garantizar en todo momento no solo la participación de las víctimas[598], en su condición de sujetos procesales, sino el ejercicio de sus derechos, como el de la reparación y, en particular, el reconocimiento la indemnización por los daños sufridos[599]. Para tal fin dentro del proceso está previsto el incidente de reparación cuyo fallo

596 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 2012 (Rad. 2082).

597 Son las siguientes: versión libre y confesión, elaboración del programa de investigación, audiencia preliminar de formulación para la imputación, investigación, audiencia de formulación de cargos, audiencia pública de control de legalidad de la aceptación de cargos, audiencia pública de sentencia e individualización de la pena y el cumplimiento de la pena. (Leyes 975 de 2005, 592 de 2012 y Decreto 3011 de 2013 (incorporado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho artículo 2.2.5.1.1.1 y ss).

598 El artículo 2.2.5.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015 dispone: "Participación de las víctimas. Deberá garantizarse la participación efectiva de las víctimas en todas las etapas del proceso penal especial, buscando restablecer su dignidad y fortalecer, no solo su posición como sujetos procesales, sino también sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. (…)".

599 "Artículo 2.2.5.1.2.2.14. Mecanismos para la reparación de las víctimas. Las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley a quienes se aplique la Ley 975 de 2005, tienen derecho a la reparación del daño sufrido. La reparación

deberá incorporarse en la sentencia[600]. En todo caso, ordena la ley que en la sentencia deberán fijarse las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas, así como la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación (arts. 23 y 24 de la Ley 975 de 2005)[601] y contra dicha providencia procede el recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia[602].

Una vez se encuentre debidamente ejecutoriada la sentencia condenatoria surge entonces para el victimario el deber de reparar a las víctimas de las conductas punibles por los cuales fue condenado y a su turno surge para las víctimas el derecho a recibir ese pago con cargo a los bienes y/o recursos del victimario o a los del bloque o grupo al que este perteneció. En el evento en que los bienes resulten insuficientes para el pago de la indemnización judicial corresponde al Estado en subsidio reparar económicamente a las víctimas atendiendo los topes para la indemnización por vía administrativa establecidos en las normas, como ya se indicó.

Las sentencias proferidas por los jueces en Colombia[603] constituyen decisiones ciertas, vinculantes y obligatorias como Estado Social de Derecho; es precisamente el carácter vinculante de dichas decisiones lo que garantiza la eficacia y el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico y de las instituciones que conforman un país. Es así como el artículo 29 de la Constitución Política consagra el carácter vinculante de las decisiones judiciales y el principio de cosa juzgada. En tal virtud, las sentencias proferidas una vez ejecutoriadas obligan desde el momento en que se profieren tanto al juez que las emite como a las partes, a las autoridades públicas y a los particulares sin que les sea dable a ninguno de ellos desconocerlas[604]. Así, ningún funcionario puede desconocer, suspender o demorar el cumplimiento de una sentencia debidamente proferida y ejecutoriada.

La demora o suspensión en el cumplimiento de una sentencia afecta no solo el acceso a la justicia sino que vulnera la prevalencia del orden constitucional y la realización de los fines del Estado, el principio de confianza legítima, de buena fe, de seguridad jurídica y de cosa juzgada, "*porque da al traste con la convicción legítima y justificada de una persona que, al acudir ante la administración de justicia, espera una decisión conforme al derecho que sea acatada por las autoridades o por los particulares a quienes les corresponda hacerlo*"[605].

Precisado lo anterior, es claro que no puede supeditarse el pago de la indemnización a unas víctimas que cuentan con un derecho cierto reconocido en una sentencia ejecutoriada con cargo a los bienes de los condenados en desarrollo del proceso penal especial de Justicia y Paz al eventual reconocimiento de las indemnizaciones de otras personas respecto de las cuales se encuentra el proceso en curso con miras a ser reconocidas como

comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, y podrá tener carácter individual, colectiva o simbólica, según lo establecido en la Ley 975 de 2005. En consecuencia, el carácter integral de la reparación no se establecerá en función exclusiva de las acciones de naturaleza económica".

600 Artículo 2.2.5.1.2.2.18. del Decreto 1069 de 2015.

601 La Corte Constitucional en sentencia C-286 de 2014 declaró la inexequibilidad de algunos artículos de la Ley 1592 de 2012 y consideró necesaria la reincorporación o reviviscencia de los artículos 23 y 24 de la Ley 975 de 2005, entre otros.

602 Artículo 26 de la Ley 975 de 2005 modificado por la Ley 1592 de 2012.

603 Artículo 1º C.P. "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria…".

604 Corte Constitucional. Sentencia C-548 de 1997.

605 Corte Constitucional. Sentencia C-367 de 2014.

víctimas y ser fijada la indemnización respectiva, pues estas últimas no cuentan con un derecho cierto sino con una mera expectativa. Proceder de esta forma no solo desatiende el orden constitucional y legal sino que resulta contrario al principio *"Prior in tempore, potior in iure"*[606], según el cual goza de privilegio aquel a quien se le reconoce primero un derecho frente a otro cuyo reconocimiento es posterior, en este caso las víctimas que cuentan con un derecho cierto en un providencia judicial debidamente ejecutoriada frente a aquellas personas cuyo proceso está en curso. Lo anterior más aún si se tiene en cuenta que dichos procesos conllevan investigaciones complejas tanto por los autores como por los delitos cometidos, lo cual dificulta el total esclarecimiento de los hechos y la identificación de las víctimas y victimarios, tal como lo señaló la Corte Constitucional[607]:

> *"No puede perderse de vista que esta Ley está diseñada para ser aplicada a personas que han cometido múltiples y graves delitos. Por las dificultades que implican estas investigaciones, en muchos casos la actuación estatal no basta para que estos delitos sean totalmente esclarecidos o su autor identificado. La manipulación de las pruebas, el amedrentamiento y asesinato de testigos, investigadores y jueces, el terror sobre la población, son medidas que los grupos armados ilegales, con capacidad de cometer estos delitos, han adoptado para esconder la dimensión y las pruebas de los mismos. En este sentido no parece irrelevante recordar que en múltiples casos la comisión de graves delitos ha quedado impune. Por esta razón no es posible afirmar, categóricamente, que el Estado, años después de los delitos cometidos, revelará, gracias exclusivamente a sus propias investigaciones, la verdad sobre los mismos. Fosas comunes en lugares inhóspitos, desplazamiento de poblaciones que se han dispersado por todo el territorio nacional, en fin, múltiples delitos podrán quedar en el silencio y el olvido si sus propios perpetradores, aquellos que han decidido acogerse a un proceso de paz y que tienen la intención de vivir al amparo y con las garantías y ventajas del Estado de derecho, no los confiesan plenamente.*
>
> *(…).*
>
> *En este sentido no sobra enfatizar que frente al tipo de delitos a que se refiere la ley demandada, sólo la identificación completa de la cadena de delitos cometidos por cada uno de estos grupos armados específicos permite conocer la real dimensión de lo sucedido, identificar a las víctimas, repararlas, y adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición. El secreto sobre lo ocurrido, la manipulación de la verdad y la negación de graves delitos cometidos por tales grupos no sólo compromete los derechos de cada una de las personas que ha tenido que sufrir el dolor de la violación de sus derechos sino el interés de la sociedad entera en conocer lo ocurrido en toda su magnitud y a adoptar medidas para que nunca más esos delitos vuelvan a ocurrir"*
>
> (La Sala subraya).

En este sentido, la identificación de las víctimas dentro del proceso se sujeta a muchas circunstancias que dependen de sus características, dentro de ellas, vale la pena

606 Primero en el tiempo, primero en el derecho.
607 Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2006.

destacar la colaboración de los postulados, el temor de los testigos, el desplazamiento de la población, la manipulación de las pruebas, el olvido, el tiempo que ha pasado, la negación de los delitos cometidos, etc. Todo ello obstaculiza e impide conocer la real situación de lo ocurrido e identificar plena y oportunamente a todas las víctimas, razón por la cual los procesos que se adelantan y las sentencias condenatorias pueden tardar muchos años y no existe certeza sobre el reconocimiento de las víctimas, número, monto de indemnizaciones etc.

Por lo tanto, en el caso que se consulta no puede existir violación al principio de la igualdad consagrado en la Constitución Política como un principio de naturaleza objetiva solo predicable de la identidad entre iguales, es decir, aquellas víctimas que cuentan con un derecho cierto reconocido en una sentencia ejecutoriada. Por lo tanto, se desvirtuaría dicho principio si se aplica entre desiguales, esto es: víctimas con derecho cierto y aquellas personas que sólo cuentan con una mera expectativa para ser reconocidas como tales, lo cual depende de las resultas del respectivo proceso.

### 3. El nexo de causalidad como fundamento de la responsabilidad civil en el proceso transicional de Justicia y Paz

La responsabilidad penal en el proceso penal especial creado por la Ley 975 de 2005 conserva su carácter individual, al paso que la responsabilidad civil por los delitos cometidos por los grupos ilegales que decidan desmovilizarse y acogerse a los beneficios de la ley, **tiene su fundamento en el nexo de causalidad entre la actividad del grupo o bloque y los daños causados a las víctimas**, (de manera individual o colectiva) y en virtud del cual se impone el principio de la solidaridad, no solo entre quienes sean declarados responsables penalmente sino incluso respecto de todos los miembros del grupo al que se le impute el hecho constitutivo del daño. Sostiene la Corte Constitucional que[608]:

> *"…para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la causalidad existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un nexo de causalidad entre la actividad del grupo específico y los daños ocasionados individual o colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas. Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico, entendido como el frente o bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas que generan el daño y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley al cual pertenecieron los desmovilizados. Todos los hechos punibles sometidos al ámbito de la Ley 975/05 exigen que su perpetración se produzca durante y con*

608 Corte Constitucional. Sentencias C-370 y C-575 de 2006.

*ocasión de la pertenencia de los individuos desmovilizados a los grupos armados, lo que fundamenta la responsabilidad civil del grupo específico al amparo del cual se cometieron los delitos juzgados por parte de miembros de un grupo armado determinado, calificados como tales judicialmente (…)".* (La Sala subraya).

Así las cosas, en materia de responsabilidad civil, la Ley de Justicia y Paz se estructura sobre el principio general del derecho según el cual *"el que causa un daño debe pagar*", en tal virtud, son los victimarios y los bloques o grupos a los cuales estos pertenecen, quienes debe asumir de manera directa y/o en forma solidaria la reparación de sus víctimas por los perjuicios causados con sus actividades ilegales. Sin embargo, no resulta acorde con este postulado, destinar los bienes o recursos de un bloque o grupo armado para reparar a las víctimas de otro bloque o grupo, ya que tal proceder no solo resulta abiertamente inconstitucional e ilegal y rompe el nexo de causalidad entre la actividad ilegal del grupo y los daños ocasionados, sino que afecta el derecho de otras víctimas a obtener una reparación económica mayor.

De ahí que es un deber permanente garantizar que los bienes y recursos entregados por los victimarios y/o por el bloque al que estos pertenecen, se destine única y exclusivamente al pago de las indemnizaciones de sus víctimas. Al respecto ya se había pronunciado esta Sala en los siguientes términos[609]: "*Ello no significa, por ejemplo, que los recursos entregados por un frente o bloque A puedan utilizarse para el pago de las indemnizaciones de las víctimas de un bloque o frente B, comoquiera que rompería el nexo de causalidad entre la conducta causante del daño y las víctimas con derecho a indemnización, y por otra, dada la existencia de recursos escasos, se afectaría de manera desproporcionada los derechos de las víctimas, ya que se dejaría desprotegidas a las víctimas del bloque o frente A",* en esa medida y tal como lo ordena la ley y la jurisprudencia los "*recursos o bienes entregados por los postulados y los respectivos bloques de los cuales hacían parte,* <u>únicamente podrán destinarse para reparar a las víctimas del mismo, por razón del nexo causal entre la conducta causante del daño y la víctima afectada</u>*"*[610]*.* (Se subraya).

En consecuencia, amén de las responsabilidades penales y siempre que se establezca la relación de causalidad entre el daño ocasionado a la víctima y la actividad ilegal del grupo debe indemnizarse en primer lugar con cargo a los bienes del postulado y los de otros miembros del bloque o frente al que pertenezca, sin que resulte jurídicamente viable destinar bienes o recursos de un bloque o grupo para el pago de indemnizaciones de otras víctimas distintas a las afectadas por las actividades ilegales de ese mismo grupo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

## La Sala responde:

1. *¿Implica una posible vulneración del derecho a la igualdad una metodología consistente en distribuir y cancelar a prorrata las indemnizaciones a medida que las víc-*

609 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 2012 (Rad. 2082).
610 Ibídem.

*timas cuenten con un derecho cierto contenido en una sentencia de Justicia y Paz ejecutoriada, teniendo en cuenta que existen otras que tienen su proceso en curso?*

En tratándose del pago de las indemnizaciones a las víctimas que cuenten con un derecho cierto reconocido en sentencia ejecutoriada dictada por las autoridades competentes, el mecanismo del pago a prorrata no implica una vulneración del principio de igualdad. El derecho a la indemnización surge de la sentencia judicial ejecutoriada y no antes, de manera que cuando existe un proceso en curso solo hay una mera expectativa basada en una contingencia judicial.

La igualdad de la consecuencia se predica sobre la base de la igualdad de las condiciones que operan como premisas y, por ende, no hay vulneración del principio frente a sujetos que no se encuentran en las mismas condiciones, específicamente cuando unas víctimas cuentan con la sentencia que les reconoce y otorga el derecho respecto a otras personas cuyo derecho se está controvirtiendo judicialmente y puede culminar o no con una providencia a su favor.

De otro lado, cabe advertir que de conformidad con el inciso 2 del artículo 42 de la Ley 975 de 2005, las sentencias en control constitucional proferidas por la Corte Constitucional y el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011, el Estado responde en forma subsidiaria y residual por el pago de la indemnización en aquellos eventos en los cuales los recursos de los perpetradores sean insuficientes.

2. *¿Cuál debería ser la forma en la que el Fondo para la Reparación de las Víctimas realiza distribución de los recursos provenientes del postulado o del bloque, teniendo en cuenta la imposibilidad de conocer el universo de víctimas que serán reconocidas en las sentencias que están pendientes de fallo en el marco de la Ley de Justicia y paz y los bienes que a futuro se reciban?*

El pago de las indemnizaciones debe realizarse en el orden de ejecutoria de las sentencias y respecto de las víctimas que se vayan reconociendo, pues aquellas personas cuyo proceso está en curso no gozan de un derecho cierto ni de una indemnización reconocida a su favor sino de una mera expectativa que puede o no resultar favorable cuando concluya el proceso.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el orden de afectación de los recursos que integran el Fondo para la Reparación de las Víctimas es el siguiente: i) en primer lugar corresponde a los miembros de los grupos armados al margen de la ley indemnizar a las víctimas con su propio patrimonio, por los actos ilegales por los cuales fueron condenados, ii) también en forma solidaria dichos actores responden por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo específico al cual pertenecieron, y iii) por último, corresponde al Estado concurrir al pago en forma residual únicamente en los eventos indicados en el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011.

No se considera ajustado a la normatividad vigente sujetar la distribución de los recursos del citado Fondo a los procesos en curso, pues con este proceder se afectarían los

derechos de las víctimas reconocidas en sentencia judicial menoscabando el monto de la indemnización a que tienen derecho y generando en este caso una eventual responsabilidad para el Estado. Tampoco se ajusta al ordenamiento vigente sujetar la distribución de los recursos a los procesos que eventualmente se puedan adelantar o a los bienes que se puedan recibir a futuro, pues no se tiene certeza de tales circunstancias.

Como ya se indicó, por la propia naturaleza de estos procesos, no resulta posible conocer con exactitud el universo de todas las víctimas y de sus familiares, que se presentarán a reclamar sus derechos y serán reconocidos en desarrollo de la Ley de Justicia y Paz, ni de todos los bienes que a futuro se reciban.

3. *¿Si en una sentencia de Ley 975 de 2005 se extingue el derecho de dominio de un bien proveniente de un bloque distinto al bloque al que perteneció el postulado condenado en esa misma sentencia, ¿El Fondo para la Reparación de Víctimas luego de monetizar dicho activo debe utilizar estos recursos sólo para indemnizar a las víctimas del bloque al cual está ligado el bien? O ¿puede indemnizar a las víctimas del postulado condenado no obstante pertenecer a otro bloque, por haberse extinguido el bien en la misma sentencia condenatoria?*

La circunstancia de que la extinción de dominio de un bien perteneciente a un determinado bloque se decrete en la misma sentencia en la que se condena a un postulado proveniente de un bloque distinto, no autoriza a destinar los recursos derivados de la monetización del bien en un orden distinto del previsto en la ley; vale decir que los mismos deben dirigirse a la indemnización de las víctimas del bloque al cual pertenecía el bien cuyo dominio fue extinguido. Una conducta diferente resulta contraria a los fundamentos de la responsabilidad civil que consagra la ley, así como a la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la actividad del grupo específico.

Por mandato de la ley los recursos que provengan de los bienes que pertenezcan al bloque al que perteneció el postulado deben destinarse al pago de las indemnizaciones de las víctimas del mismo bloque. Proceder en contrario, además de desconocer la ley, afecta, menoscaba y vulnera el derecho a la indemnización de las víctimas afectadas por los delitos cometidos por miembros del grupo o bloque propietario del bien.

Remítase al Director del 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. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

**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 Reyes Rey, Secretario de la Sala.

**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**

Fecha: 13/02/2018
Consejero Ponente: *Édgar González López*
Levantamiento de la reserva mediante oficio 010688 del 16 de abril de 2018

El Ministro de Justicia y del Derecho formula a la Sala una consulta sobre el alcance del parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, y la posible derogatoria del inciso tercero del artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, referente a las comisiones de diligencias o funciones jurisdiccionales de los Jueces a los Inspectores de Policía.

## I. ANTECEDENTES

El Ministro de Justicia y del Derecho presenta los antecedentes de la consulta, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

El artículo 37 de la Ley 1564 de 2012, *"Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones",* establece sobre la figura de la comisión jurisdiccional, lo siguiente:

> ***"Artículo 37. Reglas generales.*** *La comisión solo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que autoriza el artículo 171, para la de otras diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento, y para secuestro y entrega de bienes en dicha sede, en cuanto fuere menester. No podrá comisionarse para la práctica de medidas cautelares extraprocesales.*
>
> *(…)".*

El artículo siguiente asigna las competencias a las autoridades jurisdiccionales para conferir las comisiones. Dice así el artículo 38 de este código:

> ***"Artículo 38. Competencia.*** *La Corte podrá comisionar a las demás autoridades judiciales. Los tribunales superiores y los jueces podrán comisionar a las autoridades judiciales de igual o de inferior categoría.*
>
> *<u>Podrá comisionarse a las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales o administrativas en lo que concierne a esa especialidad.</u>*
>
> *Cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas podrá comisionarse a los alcaldes y demás funcionarios de policía, sin perjuicio del auxilio que deban prestar, en la forma señalada en el artículo anterior.*

*El comisionado deberá tener competencia en el lugar de la diligencia que se le delegue, pero cuando esta verse sobre inmuebles ubicados en distintas jurisdicciones territoriales podrá comisionarse a cualquiera de las mencionadas autoridades de dichos territorios, la que ejercerá competencia en ellos para tal efecto.*

*El comisionado que carezca de competencia territorial para la diligencia devolverá inmediatamente el despacho al comitente. La nulidad por falta de competencia territorial del comisionado podrá alegarse hasta el momento de iniciarse la práctica de la diligencia" (Subraya el consultante).*

Por otra parte, el parágrafo primero del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, *"Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia",* dispone lo siguiente:

***"Artículo 206. Atribuciones de los inspectores de Policía rurales, urbanos y corregidores.*** *Les corresponde la aplicación de las siguientes medidas:*

*(…)*

***Parágrafo 1º.*** *Los inspectores de Policía <u>no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces</u>, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia.*

*(…)"* (Subraya el consultante).

El Ministro manifiesta que se ha planteado un conflicto de aplicación de normas entre el inciso tercero del artículo 38 del Código General del Proceso (CGP) y el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia. Dice así:

*"A raíz de lo anterior, algunas entidades del orden territorial han presentado ante esta Cartera sus inquietudes frente a la forma en que debe interpretarse el parágrafo del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia. En efecto, una lectura integral de las normas expuestas daría a entender la derogatoria parcial del inciso tercero del artículo 38 del Código General del Proceso con ocasión de la expedición del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 y, en consecuencia, la imposibilidad para que los Inspectores de Policía tramiten y lleven a cabo las comisiones que los jueces les venían otorgando dentro de los procesos judiciales".*

La consulta hace una serie de consideraciones acerca de si las funciones delegadas por comisión de los jueces son jurisdiccionales, como lo señalan la Corte Constitucional en la Sentencia C-798 de 2003 en relación con las diligencias de secuestro y entrega de bienes, y la disposición del artículo 40 del Código General del Proceso, según el cual el comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte; o si son administrativas, caso en el cual no se daría la contradicción de las citadas normas.

La consulta trae unos planteamientos sobre la derogación de normas a propósito de la eventual derogación del inciso tercero del artículo 38 del Código General del Proceso y cita un concepto del Ministerio de Defensa Nacional que expresa que no se presentaría la aludida derogación.

Luego la consulta trata el tema de si los alcaldes tienen o no la facultad de delegar en los inspectores de policía las funciones y diligencias inicialmente comisionadas a los primeros por los jueces.

Se hacen varias anotaciones y se indica que conforme al artículo 320 del Decreto Ley 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, los Inspecciones Municipales de Policía dependen del alcalde y este les puede delegar funciones, pero *"no existe como tal una norma que explícitamente permita delimitar el ámbito y el alcance de dicha delegación a tal autoridad".*

Finalmente, se expresa en la consulta:

> *"Vista la norma (se refiere al parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia), podría pensarse que su finalidad es la de evitar que en cualquier caso, los inspectores de policía realicen funciones o diligencias jurisdiccionales. En este sentido, puede alegarse que no podría delegarse la comisión hecha sobre los alcaldes, en los inspectores de policía, toda vez que no podría considerarse una función delegable. Igualmente, debe considerarse que la naturaleza de la función no deja de ser tal, a pesar de que se realice como delegación administrativa".*

Con base en lo expuesto, el Ministro de Justicia y del Derecho formula las siguientes

## Preguntas:

*"1. ¿Se debe entender que las diligencias o funciones que comisiona el juez sobre los funcionarios de policía son de carácter jurisdiccional o son de carácter administrativo?*

*2. Si son de carácter jurisdiccional, ¿se debe entender derogado tácitamente el inciso 3º del artículo 38 del Código General del Proceso, por lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, en lo relativo a los inspectores de policía como funcionarios de policía?*

*3. En caso de no entenderse derogado el inciso 3º del artículo 38 del Código General del Proceso, conforme lo visto en la pregunta anterior, ¿sería procedente que los jueces sigan comisionando a inspectores de policía para efectuar diligencias "jurisdiccionales"?*

*4. De llegarse a entender derogado tácitamente el inciso 3º del artículo 38 del Código General del Proceso, ¿es posible que los alcaldes puedan delegar administrativamente en los inspectores de policía, las funciones o diligencias comisionadas por los jueces de la República a los primeros?*

5. *¿Pueden delegarse las diligencias que les han sido encomendadas vía comisión por parte de los jueces, a otros funcionarios? Y, de ser posible, ¿Deben ser funcionarios del nivel directivo o asesor, conforme lo previsto en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, o, en caso contrario, qué características deben tener estos?".*

## II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro de Justicia y del Derecho, la Sala abordará los temas en el siguiente orden: i) Observación preliminar; ii) Concepto No. 2332 del 6 de septiembre de 2017 de la Sala sobre la eliminación de la competencia de los inspectores de policía para realizar funciones y diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces; iii) Consideración respetuosa de la Sala sobre la Sentencia de Tutela No. STC22050-2017 del 19 de diciembre de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con el tema de la consulta; y iv) Improcedencia de delegación por parte de los alcaldes a los inspectores de policía y otros funcionarios, de las funciones o diligencias jurisdiccionales comisionadas por los jueces a los primeros.

### A. Observación preliminar

La Sala observa que la consulta del Ministro de Justicia y del Derecho plantea los siguientes cuestionamientos:

1. Si las funciones comisionadas por los jueces a los inspectores de policía son jurisdiccionales o administrativas.

2. Si el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia que dispone que los inspectores de policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, derogó tácita y parcialmente el inciso tercero del artículo 38 del Código General del Proceso que establece que los jueces pueden comisionar a los alcaldes y demás funcionarios de policía, siempre que no se trate de recepción o práctica de pruebas.

   Se plantea si la derogación es tácita y parcial en cuanto que esta última norma presente contradicción con la citada norma del Código Nacional de Policía y Convivencia, posterior y especial, y en relación con los inspectores de policía como funcionarios de policía, conforme al artículo 198 del mismo código.

3. Si los alcaldes pueden delegar las funciones o diligencias comisionadas por los jueces, en los inspectores de policía y en otros funcionarios y si estos deben ser del nivel directivo o asesor.

La Sala encuentra que los dos primeros interrogantes fueron estudiados y respondidos mediante el Concepto No. 2332 del 6 de septiembre de 2017, emitido ante una consulta del Ministro del Interior. A este concepto le fue levantada la reserva legal, por medio del oficio No. OFI17-39710-OAJ-1400 del 18 de octubre de 2017 del Ministerio del Interior.

En consecuencia, en relación con los dos primeros temas de la presente consulta, la Sala se remitirá al estudio expuesto en el citado concepto.

Adicionalmente, la Sala observa que mientras se avanzaba en el estudio de esta consulta, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dictó la Sentencia de Tutela No. STC22050-2017 del 19 de diciembre de 2017, dentro del proceso radicado con el No. 76111-22-13-000-2017-00310-01, mediante la cual expresa un criterio distinto del expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre los despachos comisorios de los jueces a los inspectores de policía, razón por la cual la Sala considera necesario referirse a dicha sentencia en un capítulo especial.

### B. Concepto No. 2332 del 6 de septiembre de 2017 de la Sala sobre la eliminación de la competencia de los inspectores de policía para realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces

La Sala mediante el Concepto No. 2332 del 6 de septiembre de 2017, hizo el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial en relación con la eliminación de la competencia de los inspectores de policía para realizar funciones y diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.

Dada la identidad del tema con la presente consulta, a continuación se cita *in extenso* dicho concepto:

**"**Con el propósito de responder a las distintas preguntas objeto de la consulta, la Sala se referirá en primera instancia a la comisión judicial.

#### a. La comisión judicial

La comisión judicial ha sido concebida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

> *"La comisión, en materia procesal, constituye una forma de delegación de competencia en cuya virtud un juez traslada a otro de igual o menor jerarquía -dentro de la misma especialidad de la jurisdicción- o a ciertas autoridades oficiales -en los casos expresamente previstos-, algunas de las facultades de instrucción y ejecución que le asisten, con el fin de que agote determinados actos de carácter instrumental que son necesarios para la buena marcha del proceso.*
>
> *No hay, pues, un desprendimiento de la potestad decisoria, ni de la dirección del juicio; se trata, simplemente, de un mecanismo establecido para que respecto de un acto procesal específico el comisionado haga las veces del comitente e, investido de ese ropaje, dé buena cuenta del encargo que se le hace, cumplido el cual, habrá de remitir su actuación para que haga parte del expediente"*[611].

611 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-02-03-000-2009-01281-00. "La comisión es una delegación de competencia de carácter temporal, que se circunscribe únicamente al cumplimiento de la diligencia delegada, se origina por razones de economía procesal y auxilio judicial, y su objeto es la realización de algunos de los actos que no pueden efectuarse directamente por los titulares de la jurisdicción y de la competencia ya definidas. Se establece entonces dicha figura, para actos y diligencias que

A través de la comisión, no sólo se materializa el principio de colaboración armónica que guía la actividad de las autoridades, sino que además contribuye a que el ejercicio de la función judicial se adelante de forma eficaz y eficiente. Así, se ha indicado:

> *"Esa forma de traslado parcial de la competencia, hace honor a los principios de economía y celeridad de la administración de justicia, en la medida en que, entre otras cosas, facilita la posibilidad de evacuar algunos actos que necesariamente han de llevarse fuera de la circunscripción territorial del juez que conoce del asunto, de manera pronta y aprovechando los recursos humanos y técnicos con los que cuenta el aparato judicial en todo el territorio del país. Así, se ha explicado que "la práctica de pruebas y otras diligencias por funcionarios diferentes obedece a tres razones: a) A que deben realizarse fuera del territorio jurisdiccional del juez, quien no puede por regla general actuar en territorio distinto (comisión necesaria): b) Al cúmulo de asuntos que se adelantan en las oficinas judiciales, que impide al juez practicar muchas diligencias; c) A la economía de la Administración de Justicia que propende a que ésta se imparta con el menor gasto posible para los litigantes, por lo cual cuando la diligencia no reviste especial importancia, puede ser practicada por el funcionario del respectivo lugar, evitándose al interesado el traslado del juzgado o Tribunal del conocimiento…" (Morales Molina, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 10ª Edición, Ed. ABC, Bogotá, 1988, Págs. 54 y 55)"*[612].

Frente a la comisión es posible señalar las siguientes características:

i) Puede conferirse para la práctica de pruebas y de diligencias que deban adelantarse por fuera de la sede del juez de conocimiento. De igual forma, para el secuestro y embargo de bienes[613]. Justamente frente a los casos en los cuales procede la comisión, la jurisprudencia ha señalado:

> *"Luego, la comisión judicial es una institución procesal que ha sido establecida para facilitar y no para contrariar o desvirtuar el principio del debido proceso en materia judicial, pues ha sido concebida como un instrumento procesal idóneo para permitir que en materia civil pueda llevarse a cabo la práctica de pruebas (art. 31 CPC) en un lugar diferente al de la jurisdicción y que el juez "no lo pudiere hacer por razón del territorio" (art. 181 CPC), o puedan realizarse "diligencias" fuera de la sede y "para secuestro y entrega de bienes fuera de la sede, en cuanto fuere menester (art. 31 CPC, comisiones estas últimas que pueden recaer en*

no impliquen juzgamiento, y para la práctica de pruebas". T-458/94. 12 de mayo de 1994. Frente a la comisión la doctrina ha indicado: "Es otro aspecto importante dentro de la actuación judicial y se halla regulado en los artículos 37 a 41 del CGP; tiene como finalidad esencial asegurar la mutua colaboración entre los diversos funcionarios de la rama jurisdiccional y excepcionalmente del campo administrativo a nivel nacional y aun internacional, en orden a permitir la práctica de pruebas y diligencias que un determinado juez no pueda realizar (…)". Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso. Dupre Editores. 2016, p. 463.

612 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-02-03-000-2009-01281-00.

613 "La comisión solo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que autoriza el artículo 171, para la de otras diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento, y para secuestro y entrega de bienes en dicha sede, en cuanto fuere menester. No podrá comisionarse para la práctica de medidas cautelares extraprocesales". Ley 1564 de 2012, artículo 37. "De igual manera cabe señalar que el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil, autoriza expresamente a los jueces para comisionar a los alcaldes y demás funcionarios de policía para adelantar diligencias judiciales, siempre que no se trate de la recepción o práctica de pruebas". Corte Constitucional. Auto del 9 de noviembre de 2004, Auto 166/04.

*"autoridades de igual o inferior categoría" o en "los alcaldes y demás funcionarios de policía" (art. 32 inc. 1º CPC)"*[614].

Es viable también acudir a la figura de la comisión para realizar diligencias en el exterior[615].

ii) Es posible comisionar: a) a otras autoridades judiciales, b) a autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales o administrativas, y c) a los alcaldes y demás funcionarios de policía[616], salvo los inspectores de policía, como se explicará más adelante. En este último caso siempre y cuando la comisión no tenga como objeto la recepción o práctica de pruebas[617].

iii) La autoridad que haya sido comisionada debe tener competencia en el lugar en donde se va a desarrollar la actividad delegada. Así, el artículo 38 del Código General del Proceso determina:

*"El comisionado deberá tener competencia en el lugar de la diligencia que se le delegue, pero cuando esta verse sobre inmuebles ubicados en distintas jurisdicciones territoriales podrá comisionarse a cualquiera de las mencionadas autoridades de dichos territorios, la que ejercerá competencia en ellos para tal efecto.*

*El comisionado que carezca de competencia territorial para la diligencia devolverá inmediatamente el despacho al comitente. La nulidad por falta de competencia territorial del comisionado podrá alegarse hasta el momento de iniciarse la práctica de la diligencia".*

iv) De acuerdo con el artículo 40 del Código General del Proceso, el comisionado tiene las mismas potestades del comitente en relación a la diligencia que se le ha encargado[618].

614 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de abril de 1995. Expediente No. 2153. "De las pruebas ordenadas por esta Corporación, se observa con nitidez que la comisión por parte de los juzgados en las inspecciones de policía para la práctica de diligencias tales como el embargo y secuestro de inmuebles o, como en el caso que nos ocupa, la entrega de bien inmueble arrendado, está generando una seria congestión en esas entidades, circunstancia que impide la realización de una pronta y efectiva justicia". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de diciembre de 2003, T-1171/03. "En el caso sub-lite la tutela se endereza con el fin de obtener que el funcionario comisionado por un juzgado, practique en el menor tiempo posible la diligencia de entrega de un bien inmueble rematado, y no en la fecha señalada (5 de diciembre de 1996), por cuanto con ello se viola el art. 10º del Acuerdo No. 29 de 1993 emanado del Concejo de Bogotá, que ordena practicar las comisiones dentro de los 30 días siguientes, sin consideración al cúmulo de trabajo que exista. Se trata, entonces, a no dudarlo, de una actuación judicial que se está ejecutando por la rama ejecutiva". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de febrero de 1996. Expediente No. T-2834.

615 "Cuando la diligencia haya de practicarse en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, y con arreglo a los tratados y convenios internacionales de cooperación judicial, podrá: 1. Enviar carta rogatoria, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde ha de practicarse la diligencia, a fin de que la practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo. 2. Comisionar directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo para que practique la diligencia de conformidad con las leyes nacionales y la devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales para las cuales sean comisionados. Para los procesos concursales y de insolvencia se aplicarán los mecanismos de coordinación, comunicación y cooperación previstos en el régimen de insolvencia transfronteriza". Ley 1564 de 2012, artículo 41.

616 Véase artículo 198 de la Ley 1801 de 2016.

617 "La Corte podrá comisionar a las demás autoridades judiciales. Los tribunales superiores y los jueces podrán comisionar a las autoridades judiciales de igual o de inferior categoría. Podrá comisionarse a las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales o administrativas en lo que concierne a esa especialidad. Cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas podrá comisionarse a los alcaldes y demás funcionarios de policía, sin perjuicio del auxilio que deban prestar, en la forma señalada en el artículo anterior". Ley 1564 de 2012, artículo 38.

618 "El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos. Sobre la concesión de las apelaciones que se interpongan se resolverá al final de la diligencia. Toda actuación del comisionado que exceda los límites de sus facultades es nula. La nulidad podrá alegarse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto que ordene agregar el despacho diligenciado al expediente. La petición de nulidad se resolverá de plano por el comitente, y el auto que la decida solo será susceptible de reposición". Ibídem, artículo 40.

### b. El caso concreto

El Ministerio consultante pregunta a la Sala si como consecuencia de la entrada en vigencia del parágrafo primero del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 se eliminó la competencia de los inspectores de policía para adelantar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.

Las señaladas normas disponen:

| Ley 1564 de 2012 – Artículo 38 | Ley 1801 de 2016 – Artículo 206, parágrafo 1º |
|---|---|
| "Cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas podrá comisionarse a los alcaldes y demás funcionarios de policía, sin perjuicio del auxilio que deban prestar, en la forma señalada en el artículo anterior". | "Los inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia". |

Frente al interrogante planteado por el Ministerio del Interior, la Sala considera que efectivamente con la entrada en vigencia del parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, los inspectores de policía perdieron la competencia para realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.

A esta conclusión se arriba teniendo en cuenta, por un lado, la aplicación de la referida disposición del Código General de Policía, y por el otro, el carácter jurisdiccional que tiene la actuación de los inspectores de policía cuando son comisionados por los jueces.

Cada uno de estos aspectos se pasa a explicar a continuación.

#### 1. El parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016

El artículo 38 de la Ley 1564 de 2012 y el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia regulan la competencia de los inspectores de policía en relación a las comisiones ordenadas por los jueces. Con todo, mientras la primera disposición autoriza comisionar a los inspectores, la segunda lo prohíbe, al establecer que estos últimos no pueden ser comisionados para el ejercicio de funciones jurisdiccionales o la realización de diligencias de la misma naturaleza.

Por lo tanto, entre estas normas se evidencia una clara contradicción, la cual, siguiendo a Alf Ross, corresponde a una de tipo total-parcial, pues la situación descrita por el parágrafo del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia se encuadra dentro del contenido del artículo 38 del Código General del Proceso. En este sentido se ha indicado por la doctrina:

> *"Independientemente del tipo de relación que pueda haber entre las distintas descripciones de las normas cuyas soluciones son incompatibles, también es posible hacer una clasificación de acuerdo con el grado de superposición entre esas descripciones. Alf Ross distingue, según ese criterio, tres clases de inconsistencias:*

*La inconsistencia total-total, que se da cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente: tales descripciones se podrían diagramar como dos círculos absolutamente superpuestos. Un ejemplo estaría constituido por dos normas, una de las cuales estipulara, por ejemplo, que la importación de tractores debe pagar un recargo aduanero y otra que estableciera que los tractores importados están exentos de recargos aduaneros.*

*La inconsistencia total-parcial se configura cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra, pero esta última comprende, además, casos adicionales. En este caso pueden diagramarse las referencias de ambas descripciones como dos círculos concéntricos, uno de los cuales se hallara dentro del otro. Por ejemplo: una norma establece que la importación de vehículos sufrirá recargos aduaneros y otra exime de tales recargos a los tractores.*

*Por último, la inconsistencia parcial-parcial se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen además ámbitos de referencia autónomos. Se puede representar esta inconsistencia con dos círculos secantes. Un ejemplo en la línea de los anteriores podría estar configurado por dos normas, una de las cuales estableciera que los vehículos que se importan están sujetos a recargos aduaneros, y la otra estipulara que los instrumentos para la producción agrícola están exentos de ellos; los tractores están en el campo de conflicto de ambas normas, los autos sólo están comprendidos en la primera y los arados sólo se rigen por la segunda"*[619].

Ahora bien, para poder superar este conflicto normativo debe acudirse a los criterios de jerarquía, cronológico y de especialidad, frente a los cuales se ha señalado:

*"El principio lex superior indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley).*

*(…)*

*Lex posterior estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad.*

*(…)*

619 Carlos Santiago Nino. Introducción al análisis del derecho. 2ª edición. Editorial Astrea. 2003, pp. 274-275. Véase igualmente: "Y si continuáramos un momento con Ross –antes de explicar cómo tratan Kelsen y Bobbio los conflictos de normas– habría que decir que el jurista escandinavo sostiene que puede haber inconsistencia entre dos normas de tres maneras distintas, a saber: a) inconsistencia total-total, que se produce cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, "de manera que si los hechos condicionantes de cada norma son simbolizados por un círculo, hay una inconsistencia de este tipo cuando ambos círculos coinciden"; b) inconsistencia total-parcial, que sucede cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que esta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera, de manera que "tal inconsistencia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro"; y c) inconsistencia parcial-parcial, que acontece cuando una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos, de manera que "esta inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes". Inconsistencia total-total, o "incompatibilidad absoluta", como la llama también Ross, se produce, por ejemplo, si una norma permite pescar y otra prohíbe pescar. Inconsistencia total parcial, es la que se produce, por ejemplo, entre una norma general y una particular, como sería el caso de una regla que dispone que los extranjeros no tienen derecho a pescar en aguas territoriales de un país marítimo, mientras otra establece que los extranjeros con más de dos años de residencia en el país tienen ese derecho". Agustin Squella Narduci, Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile, pp. 468-469.

*El principio lex specialis prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general"*[620].

En el mismo sentido Huerta Ochoa considera:

*"En general se puede decir que el procedimiento tradicional de solución de conflictos normativos se basa en la utilización y combinación de tres criterios: el de jerarquía, el de especialidad y el temporal o cronológico. El primero confiere prevalencia a la norma de rango superior respecto a la subordinada (lex superior derogat legi inferiori), el segundo a aquella que regule una materia específica (lex specialis derogat legi generali), y el tercero concede la prevalencia a las normas más recientes frente a las precedentes (lex posterior derogat legi priori). De tal forma que en caso de un conflicto, la norma que satisfaga el mayor número de criterios de prevalencia será aplicable, y por lo mismo jurídicamente obligatoria"*[621].

Los referidos criterios, que deben ser aplicados por las autoridades en el cumplimiento de sus funciones[622], tienen reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento[623] y jurisprudencia nacional[624]. Así, el artículo 2º de la Ley 153 de 1887 incorpora el criterio cronológico al determinar:

*"La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior".*

620 Carlos Santiago Nino. Introducción al análisis del derecho. 2ª edición. Editorial Astrea. 2003, p. 275.

621 Carla Huerta Ochoa, Conflictos normativos, UNAM, 2003, p. 162. Véase igualmente: "Ahora bien, en cuanto a los criterios para resolver antinomias, Bobbio menciona el criterio cronológico, el jerárquico y el de especialidad. El criterio cronológico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, una anterior y otra posterior, prevalece la posterior. El criterio jerárquico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, una superior y otra inferior, prevalece la de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. El criterio de especialidad es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, una general y otra especial, prevalece la de carácter especial. Estos tres principios, en el mismo orden que fueron presentados, se contienen en las expresiones latinas *lex posterior derogat priori, lex superior derogat inferior, y lex specialis derogat generali*. En consecuencia, dice Bobbio, "el criterio cronológico sirve cuando dos normas incompatibles son sucesivas; el criterio jerárquico cuando dos normas incompatibles están en diferentes niveles; y el criterio de especialidad cuando el conflicto se plantea entre una norma general y otra especial". Squella Narduci, ob. cit., p. 475.

622 "Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes". Ley 153 de 1887, artículo 1º. "Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:" Ley 57 de 1887, artículo 5º.

623 "Para la solución de las antinomias normativas, la regla para establecer la legislación aplicable se encuentra contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 153 de 1887 y el 10 del Código Civil, subrogado por la ley 57 de 1887: "ARTÍCULO 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes. "ARTÍCULO 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00043-00(50430).

624 "6.1. Asociado al ejercicio de la facultad derogatoria legislativa, está el tema de las tensiones y conflictos interpretativos que surgen al interior del ordenamiento jurídico. (…) 6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior *(lex superior derogat inferiori)*; (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo *(lex posterior derogat priori)*; y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general *(lex specialis derogat generali)*". Corte Constitucional. Sentencia del 17 de agosto de 2016, C-439/16. "De lo anterior se desprende que las reglas de interpretación y aplicación normativa son necesarias cuando: i) se advierta incongruencia u oposición entre normas de distinta cronología, o cuando ii) sea necesario establecer el tránsito legal entre una norma anterior y una norma posterior. En tal sentido, la aplicación de estas reglas deriva de la necesidad de resolver un conflicto entre leyes, esto es, un problema de antinomia normativa cuya naturaleza implica la existencia de dos contenidos legislativos que pueden ser utilizados en un mismo caso, sin que exista regla previa que permita superar tal conflicto, evento frente al cual nuestro ordenamiento jurídico dispone de tales criterios de solución, los cuales, además, han sido ampliamente decantados por la jurisprudencia constitucional y reiterados por esta Corporación". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2016. Radicación número: 27001-33-31-001-2009-00046-01(56112).

Por su parte, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 establece:

> *"Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.*
>
> *Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:*
>
> *1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".*

En lo que se refiere al criterio de especialidad, la Corte Constitucional ha señalado:

> *"6.4. Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015, que el mismo "permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales".*
>
> *(…)*
>
> *6.5. Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra"*[625].

Ahora bien, al aplicar los criterios señalados al caso objeto de estudio, la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

i) A la luz del criterio jerárquico ninguna de las dos normas estudiadas prevalece, toda vez que tanto el Código General del Proceso como el Código Nacional de Policía y Convivencia corresponden a leyes ordinarias.

ii) Bajo el criterio cronológico prevalece el parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, pues esta norma es posterior al artículo 38 de la Ley 1564 de 2012.

iii) Según el criterio de especialidad, también prevalece el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia, en razón a que esta disposición es norma especial, pues se encuentra contenida dentro de una norma que regula concretamente la competencia de los inspectores de Policía[626] y hace parte de un

625 Corte Constitucional. Sentencia del 17 de agosto de 2016, C-439/16.

626 "Les corresponde la aplicación de las siguientes medidas: 1. Conciliar para la solución de conflictos de convivencia, cuando sea procedente 2. Conocer de los comportamientos contrarios a la convivencia en materia de seguridad, tranquilidad, ambiente y recursos naturales, derecho de reunión, protección a los bienes y privacidad, actividad económica, urbanismo, espacio público y libertad de circulación. 3. Ejecutar la orden de restitución, en casos de tierras comunales. 4. Las demás que le señalen la Constitución, la ley, las ordenanzas y los acuerdos. 5. Conocer, en

Código que tuvo justamente como uno de sus propósitos normar lo relativo a este aspecto[627].

De esta forma, la competencia que tienen los inspectores de policía frente a las comisiones ordenadas por los jueces de la República debe ser definida a la luz del Código Nacional de Policía y Convivencia. Por lo tanto, es dable afirmar que el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia derogó tácita y parcialmente[628] el artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, en el entendido de que eliminó la competencia de los inspectores de policía para ejercer funciones o realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces.

Finalmente, es posible también arribar a la conclusión anterior atendiendo lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil, el cual determina que no puede desatenderse el tenor literal de la ley cuando su sentido sea claro[629]. En esta dirección, en el caso del parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, se desprende una clara prohibición de que los inspectores de policía sean comisionados por los jueces para la realización de diligencias jurisdiccionales o el cumplimiento de funciones de la misma naturaleza.

### 2. La naturaleza jurisdiccional de la actuación de los inspectores de policía cuando actúan por comisión de los jueces

Cuando el inspector de policía actúa como comisionado del juez dentro de un proceso judicial, lo hace en ejercicio de una función jurisdiccional adelantada dentro de los límites y restricciones definidos en la ley[630].

En efecto, para establecer la naturaleza judicial de la función que ejercen los inspectores de policía en su calidad de comisionados de los jueces, debe hacerse referencia en primera instancia a los criterios establecidos por la Corte Constitucional para diferenciar la función administrativa de la judicial:

única instancia, de la aplicación de las siguientes medidas correctivas: a) Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles; b) Expulsión de domicilio; c) Prohibición de ingreso a actividad que involucra aglomeraciones de público complejas o no complejas; d) Decomiso. 6. Conocer en primera instancia de la aplicación de las siguientes medidas correctivas: a) Suspensión de construcción o demolición; b) Demolición de obra; c) Construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble; d) Reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles; e) Restitución y protección de bienes inmuebles, diferentes a los descritos en el numeral 17 del artículo 205; f) Restablecimiento del derecho de servidumbre y reparación de daños materiales; g) Remoción de bienes, en las infracciones urbanísticas; h) Multas; i) Suspensión definitiva de actividad. Parágrafo 1º. Los inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia. Parágrafo 2º. Cada alcaldía tendrá el número de inspectores de Policía que el Alcalde considere necesario, para una rápida y cumplida prestación de la función de Policía en el municipio. Habrá inspecciones de Policía permanentes durante veinticuatro (24) horas en las ciudades capitales de departamento, en los distritos, y en los municipios que tengan una población superior a los cien mil habitantes. Parágrafo 3º. Para los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Decreto 785 de 2005, la formación profesional para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial, 1ª Categoría y 2ª Categoría, será únicamente la de abogado, y la formación técnica para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía 3ª a 6ª Categoría e Inspector de Policía Rural requerirá la terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho".

627 Así, el artículo 2 del Código establece: "Con el fin de mantener las condiciones necesarias para la convivencia en el territorio nacional, los objetivos específicos de este Código son los siguientes: (…) 5. Establecer la competencia de las autoridades de Policía en el orden nacional, departamental, distrital y municipal, con observancia del principio de autonomía territorial".

628 "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial. Código Civil, artículo 71. "La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley". Ibídem, artículo 72.

629 "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

630 En este sentido la Sala se aparta de lo señalado por quienes sostienen que se trata de una función administrativa: Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, Sala jurisdiccional disciplinaria. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Radicación No. 201700097-C y Consejo Seccional de la Judicatura del Meta, "Documento Técnico Jurídico Código General del Proceso vs El Código de Policía. Aparente Conflicto Normativo: Despachos Comisorios de Jueces a Autoridades Administrativas", del 17 de febrero de 2017.

***"En la sentencia C-1038 de 2002 (M.P, Eduardo Montealegre Lynett), con el propósito de definir si una competencia adscrita a los centros de arbitramento en la fase prearbitral, tenía material y formalmente carácter judicial, se tomaron en cuenta los siguientes criterios. Son judiciales: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Sobre el particular se indicó:***

***"Sin embargo, a pesar de esas dificultades, en ocasiones, como en el presente caso, es necesario definir si una autoridad ejerce o no funciones judiciales, pues es el presupuesto para tomar la decisión en un sentido u otro. Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad es o no de naturaleza judicial. Y en tal contexto, la Corte considera que existen algunos elementos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.***

***De un lado, existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.***

***De otro lado, aunque resultan más polémicos, también es posible adelantar algunos criterios materiales. Así, la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (CP art. 28), y por ende, se entiende que dichas limitaciones sólo pueden ser desarrolladas en ejercicio de funciones judiciales. Igualmente, la Constitución establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (CP art. 229). Por consiguiente, en principio no sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una decisión que restrinja el acceso a la administración de***

***justicia, debe a su vez, ser ejercicio de una función judicial"[631].* (subrayado fuera del texto).**

Asimismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los funcionarios de policía que actúan en comisión de un juez cumplen una función jurisdiccional:

> *"Por consiguiente, los funcionarios de policía comisionados para las prácticas de las diligencias civiles, como las de embargo y secuestro y las de lanzamiento, son órganos que, si bien pertenecen originariamente a la rama ejecutiva del poder público local, no es menos cierto que, en cuanto toca con la recepción y ejecución de las comisiones de dichas diligencias, obran con las mismas facultades jurisdiccionales del comitente con las limitaciones legales (art. 34 CPC) y dentro de su ordinaria "competencia territorial". Luego, así como las leyes y actos administrativos le fijan la competencia territorial a estas autoridades de policía, las leyes procedimentales les atribuyen la competencia jurisdiccional en caso de comisión; de allí que a la autoridad administrativa local, esto es, la alcaldía distrital o municipal o el funcionario delegado, en su caso, corresponda la función de contribuir a hacer posible la ejecución de las comisiones judiciales, en desarrollo del principio de la cooperación de los poderes, sin perjuicio de la competencia policiva pertinente. De allí que el derecho al debido proceso en materia judicial, y concretamente en lo que atañe a un proceso con desarrollo oportuno, también se extienda a las actuaciones que deban realizarse por autoridades de policía comisionadas, con mayor razón cuando se trata de darle cumplimiento a medidas judiciales, que, como las de embargo y secuestro y los de lanzamiento, encierran la garantía provisional y definitiva del derecho debatido en el proceso"[632]* (subrayado fuera del texto).

De acuerdo con la jurisprudencia mencionada se entendían judiciales las funciones que cumplían los inspectores de policía cuando actuaban como comisionados de los jueces, habida cuenta que si bien la diligencia del despacho comisorio se radicaba en una persona diferente al juez de conocimiento, no perteneciente a la rama judicial, se trataba de una actuación desarrollada dentro del marco de un proceso judicial.

El hecho de que la diligencia se realizara por una persona ajena a la rama jurisdiccional no implicaba *per se* que dicha actuación se convirtiera en administrativa, por cuanto se estaría desnaturalizando una función que es del resorte del juez y que por razones de economía procesal y de colaboración entre las ramas se permitió delegar a otros.

Lo que se buscaba era que el comisionado hiciera las veces del comitente, e investido con las mismas facultades[633], pero por supuesto con las restricciones que le establecía la

631 Corte Constitucional. Sentencia del 25 de octubre de 2012, C-863/12.

632 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de abril de 1995. Expediente No. 2153.

633 "El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos. Sobre la concesión de las apelaciones que se interpongan se resolverá al final de la diligencia". Ley 1564 de 2012, artículo 40. No hay, pues, un desprendimiento de la potestad decisoria, ni de la dirección del juicio; se trata, simplemente, de un mecanismo establecido para que respecto de un acto procesal específico el comisionado haga las veces del comitente e, investido de ese ropaje, dé buena cuenta del encargo que se le hace, cumplido el cual, habrá de remitir su actuación para que haga parte del expediente". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 11001-02-03-000-2009-01281-00.

ley[634], cumpliera con el encargo que se le había encomendado para que una vez practicada la diligencia esta hiciera parte del expediente.

Cuando el inspector de policía ejercía funciones en desarrollo de una comisión conferida por un juez de la República, evidentemente no estaba ejerciendo funciones administrativas sino las mismas facultades del comitente con las limitaciones que les imponía la ley, tanto es así que el control sobre las decisiones que tomara y actuaciones desplegadas en ejercicio de esa comisión no se controlaban en sede administrativa sino en sede judicial por ser esas actuaciones parte del proceso judicial del cual se desprende la comisión[635].

Finalmente, si en gracia de discusión se aceptara que los inspectores de policía ejercen exclusivamente una función administrativa cuando actúan como comisionados de los jueces, esta actividad difícilmente podría ejercerse por dichos funcionarios, pues lo cierto es que por expreso mandato del parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, los inspectores de policía no pueden ser comisionados por los jueces para la realización de diligencias judiciales, las cuales generalmente se determinan por los códigos de procedimiento que rigen la función de administrar justicia; como serían entre otras las diligencias[636] relacionadas con: i) la entrega de bienes (artículo 308), el embargo y secuestro de bienes (artículos 593 y 595) y iii) la guarda y aposición de sellos (artículo 476), actividades estas que se desprenden de un procedimiento judicial y por tanto son verdaderas actuaciones judiciales[637].

De lo anterior puede concluirse que la intención del legislador, al regular las funciones de los inspectores de policía en la Ley 1801 de 2016, fue la de sustraer a estos funcionarios de los procesos judiciales adelantados por los jueces, pues la norma se refirió de forma expresa y por separado, tanto a la prohibición de ejercer funciones jurisdiccionales como la de adelantar diligencias judiciales ordenadas por los jueces de la República a través de comisiones.

---

634 Por ejemplo: "7. Si la diligencia se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, y el término previsto en el numeral anterior se contará a partir de la notificación del auto que ordena agregar al expediente el despacho comisorio. Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia". Ley 1564 de 2012, artículo 309.

635 "Toda actuación del comisionado que exceda los límites de sus facultades es nula. La nulidad podrá alegarse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto que ordene agregar el despacho diligenciado al expediente. La petición de nulidad se resolverá de plano por el comitente, y el auto que la decida solo será susceptible de reposición". Ibídem, artículo 40.

636 "En el caso sub-lite la tutela se endereza con el fin de obtener que el funcionario comisionado por un juzgado, practique en el menor tiempo posible la diligencia de entrega de un bien inmueble rematado, y no en la fecha señalada (5 de diciembre de 1996), por cuanto con ello se viola el art. 10º del Acuerdo No. 29 e 1993 emanado del Concejo de Bogotá, que ordena practicar las comisiones dentro de los 30 días siguientes, sin consideración, al cúmulo de trabajo que exista. Se trata, entonces, a no dudarlo, de una actuación judicial que se está ejecutando por la rama ejecutiva". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de febrero de 1996. Radicación número: 2834. "La Sala en un caso se (sic) similar temperamento, señaló: (…) la tutela no se erige como un mecanismo idóneo para obtener la interrupción de las diligencias judiciales, verbigracia, remate o entrega de bienes, cuando quiera que ellas son el resultado de una decisión judicial adoptada en el marco de un proceso tramitado con el pleno respeto del derecho al debido proceso de quienes intervienen en él, por cuanto su fin exclusivo es la protección de los derechos fundamentales (…) (CSJ STC 28 Oct. 2009, rad, n° 1496-01, reiterada el 31 Oct. rad, n° 01592-01 y 8 de Jul. 2014, rad, n° 01362-00). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de agosto de 2015. Radicación número: 68001-22-13-000-2015-00335-01. "De las pruebas ordenadas por esta Corporación, se observa con nitidez que la comisión por parte de los juzgados en las inspecciones de policía para la práctica de diligencias tales como el embargo y secuestro de inmuebles o, como en el caso que nos ocupa, la entrega de bien inmueble arrendado, está generando una seria congestión en esas entidades, circunstancia que impide la realización de una pronta y efectiva justicia". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de diciembre de 2003, T-1171/03.

637 Las diligencias judiciales son una especie o tipo de actuación judicial: "Todos los pasos que deben darse a partir de cuándo es presentada una demanda, en orden a que se pueda cumplir la finalidad que se persigue ante la norma jurisdiccional, en esencia, pero no únicamente, una sentencia que defina las pretensiones, se puede considerar como la "actuación judicial" integrada por audiencias, diligencias, memoriales de las partes y determinaciones del juez de lo que queda constancia en el documento conocido como expediente que está integrado por escrito (…)". López Blanco, ob. cit., p. 437.

Argüir que los inspectores de policía, cuando actúan en una comisión ordenada por un juez, no están cumpliendo funciones o diligencias judiciales sino actividades administrativas, no solo desnaturaliza una actividad que es del resorte del juez y parte de un procedimiento judicial, sino que además va en contravía de la voluntad del legislador, pues este lo que quiso con la Ley 1801 de 2016 fue descargar a los inspectores de policía de las comisiones provenientes de los jueces de la República**".**

En conclusión del análisis expuesto, la primera respuesta del Concepto No. 2332 del 6 de septiembre de 2017 de la Sala fue la siguiente:

**"***1. ¿Con la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016 y en consideración a lo establecido en el parágrafo primero del artículo 206 de dicha norma, se suprimió la competencia de los inspectores de policía para adelantar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces?*

Sí. El parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia, al derogar tácita y parcialmente el artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, eliminó la competencia de los inspectores de policía para realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces**"**.

En síntesis, la Sala encuentra que las funciones o las diligencias que los jueces comisionan a los inspectores de policía son de naturaleza jurisdiccional, y en tal virtud, se presenta una derogación tácita del inciso tercero del artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en lo referente a los inspectores de policía dentro de la denominación genérica de *"funcionarios de policía"* que trae esta norma, por el parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia.

Ahora bien, como se señaló, resulta necesario referirse a la reciente sentencia de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia relacionada precisamente con el tema de los despachos comisorios de los jueces a los inspectores de policía.

### C. Consideración respetuosa de la Sala sobre la Sentencia de Tutela No. STC22050-2017 del 19 de diciembre de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con el tema de la consulta

Esta sentencia se refiere al caso de un grupo de abogados litigantes de Palmira (Valle del Cauca) que instauró una acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Palmira y el Consejo Superior de la Judicatura, con la finalidad de reclamar *"la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, 'acceso a la administración de justicia' y 'ejercer libremente [su] profesión u oficio', presuntamente vulnerados por las entidades censuradas".*

El motivo era el siguiente:

> *"2.1.- La Alcaldía Municipal de Palmira, 'a través de las inspecciones de policía locales venía prestando apoyo a la Rama Jurisdiccional [...] en diligencias de secuestro de*

*bienes [y] de entrega'; empero, con la entrada en vigencia del nuevo Código de Policía (Ley 1801 de julio 29 de 2016), que dispone en el parágrafo del artículo 206 que '[l]os Inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas sobre la materia', se perdió el apoyo que 'favorecía a unos despachos judiciales bastante congestionados tratándose de una ciudad como Palmira la segunda del departamento'".*

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante Sentencia de Tutela del 10 de octubre de 2017, "amparó el derecho fundamental al trabajo y, en consecuencia, ordenó al '*Alcalde Municipal de Palmira, o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, y dentro del ámbito de sus competencias, disponga de lo necesario para colaborar armónicamente con el cumplimiento de los despachos comisorios librados por los Jueces Civiles Municipales de Palmira, por sí mismo o a través del funcionario que delegue para el efecto*'. A la par, exhortó a los '*Jueces 6º y 7º Civiles Municipales de Palmira para que, en cumplimiento de los deberes impuestos en el num. 1 del art. 42 del CGP, procedan a dirigir los procesos a su cargo, velar por su rápida solución y que adopten las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación de los mismos*' y al '*Alcalde Municipal de Palmira y a la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura, para que de manera coordinada y armónica se estudien y ejecuten planes de acción que aseguren el cumplimiento efectivo de las de las (sic) tareas asignadas a los servidores judiciales del Circuito de Palmira, si aún no lo hubieren hecho*'".

La Alcaldía Municipal de Palmira impugnó la mencionada sentencia y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia de Tutela No. STC22050-2017 del 19 de diciembre de 2017, dictada dentro del proceso radicado con el No. 76111-22-13-000-2017-00310-01, decidió confirmar la sentencia de primera instancia.

En la parte considerativa de su sentencia, que se refiere al tema de la presente consulta, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expresa lo siguiente:

*"2.2.- El imperium de la iurisdictio, esto es, la potestad de decir el derecho, constitucionalmente está atribuida -y reservada- prevalentemente a los jueces, salvo concretas excepciones puntualmente regladas (artículo 116 Superior).*

*Por supuesto, solamente los funcionarios públicos que encarnan la «jurisdicción» son quienes pueden dirimir los conflictos jurídicos sometidos a su competencial conocimiento, emitiendo al efecto decisiones que son vinculantes para los administrados, siendo que aquellos, en veces, bajo la óptica de armónica colaboración que debe mediar entre las diversas Ramas del Poder Público a fin de lograr los fines esenciales del Estado, pueden servirse, articuladamente, de otros servidores para lograr materializar las disposiciones que adopten.*

*Así, verbi gratia, cumple señalar que los inspectores de policía, en tratándose de lo concerniente con el «secuestro» y «entrega» de bienes, si bien no pueden dispensar justicia habida cuenta que carecen de jurisdicción para manifestarse en torno a la*

*definición de tales tópicos, la que recae en cabeza de los administradores judiciales, sí pueden concurrir con su gestión a dar efectividad a las órdenes judiciales que relativamente a aquellas ya han sido adoptadas; dicho de otro modo, ellos en manera alguna pueden disponer que un bien deba ser secuestrado o entregado, en tanto que tal atribución no está dentro de la específica órbita de su gestión pública, mas en cambio son aptos para hacer cumplir aquellas.*

*De suyo, mal puede confundirse que la realización material de las diligencias de entrega y/o secuestro por cuenta de los inspectores de policía sea, propiamente hablando desde el punto de vista legal, el arrogamiento o la traslación de la facultad de administrar justicia, cuando las mismas les son comisionadas por los operadores judiciales. No, en modo alguno;* ***ello meramente es el ejercitamiento de una función de carácter administrativo****, que propende a realizar lo que un juez de la República al efecto dispuso mediante providencia ejecutoriada, pues su gestión se halla desprovista de cualesquiera injerencia resolutoria desde el punto de vista judicial.*

*2.3.- Véase que el Código General del Proceso, en su canon 596, que junto con otros regula lo concerniente con la práctica del «secuestro» como medida cautelar, dispone en su numeral 2º, atañedero con las «oposiciones» al mismo, que «[a] las oposiciones se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en relación con la diligencia de entrega» (nótese). A la par, la regla 309 ejusdem, dispone en su numeral 7º, que «[s]i la diligencia [de entrega] se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, y el término previsto en el numeral anterior se contará a partir de la notificación del auto que ordena agregar al expediente el despacho comisorio. Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia» (se resaltó).*

*Surge de lo anterior que de materializarse, a través de «comisionado», ya el secuestro ora la entrega de bienes, tal no puede entrar a definir aspecto alguno concerniente con el debate judicial que en derredor de la oposición pueda surgir, habida cuenta que inmediatamente se presente esta, es su invariable deber, remitir al «comitente» el despacho comisorio que le fuera enviado para que sea el juez que comisionó, y nadie más, quien se ocupe de tal formulación a fin de darle la definición que legalmente corresponda.*

*Ergo, entendido que los «inspectores de policía» cuando son «comisionados» para la práctica de un «secuestro» o una «diligencia de entrega» no emprenden un laborío distinto al de sencillamente servir de instrumentos de la justicia para materializar las órdenes previamente impartidas por los funcionarios judiciales que así disponen, por lo propio deviene que bajo ninguna óptica puede predicarse que están desarrollando función o diligenciamiento de tenor judicial, sino que simplemente, itérase,* ***lo que allí cumplimentan es el ejercicio de una eminente «función administrativa»,*** *por lo que no es plausible predicar que a la luz del canon 206 de la Ley 1801 de 2016 o Código Nacional de Policía y Convivencia se hallen impedidos para asumir el diligenciamiento de las comisiones que en ese sentido se (sic) les impongan los jueces de la República". (Negrillas de la Sala de Consulta y Servicio Civil).*

Como se observa, la Sala de Casación Civil en esta sentencia de tutela sostiene que cuando los inspectores de policía desempeñan funciones o diligencias comisionadas por los jueces de la República, están ejerciendo funciones de carácter administrativo, no jurisdiccional, criterio que respetuosamente no comparte la Sala de Consulta y Servicio Civil porque considera que sí son funciones o diligencias jurisdiccionales, por las razones expuestas en el citado Concepto No. 2332 del 6 de septiembre de 2017 y los siguientes argumentos:

1) Ciertamente la función jurisdiccional la cumplen los jueces de la República, lo cual no está en discusión, pero, en el evento de las comisiones judiciales, la norma procesal le atribuye al funcionario comisionado, cualquiera que él sea de los habilitados para recibir comisiones, *"las mismas facultades del comitente"* quien es un juez, no un funcionario administrativo. En efecto, el artículo 40 del Código General del Proceso es categórico cuando dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 40. Poderes del comisionado.*** *El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos. Sobre la concesión de las apelaciones que se interpongan se resolverá al final de la diligencia. (…)".*

De manera que no se trata simplemente del ejercicio de una función administrativa sino de una función judicial que le delega el juez comitente al inspector de policía, teniendo este las mismas facultades de aquel respecto de la diligencia delegada, pudiendo inclusive resolver reposiciones y conceder apelaciones (procedentes), contra las providencias que dicte.

2) Es claro que quien tiene a su cargo el proceso, dispone las actuaciones judiciales que se deben surtir y ordena la comisión es el juez, conforme a sus facultades, y que el comisionado es quien realiza la ejecución material de la comisión, dentro de la colaboración armónica de los poderes públicos establecida por la Constitución y la ley, pero el desarrollo de la ejecución material es de carácter jurisdiccional, no administrativo, pues se da en virtud de un proceso judicial de acuerdo con las normas propias de este, no las de la función administrativa.

3) Resulta importante destacar que el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia[638] se refiere no solamente a las funciones sino a las *"diligencias"*,

638 Cabe anotar que el Proyecto de Ley No. 99 de 2014 – Senado, *"Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia"*, presentado por el Ministro de Defensa Nacional y varios Senadores y Representantes a la Cámara el 29 de septiembre de 2014, contemplaba esta norma en el parágrafo 1º del entonces artículo 250, en los siguientes términos:
***"Artículo 250. Atribuciones de los inspectores de policía rurales, urbanos y corregidores.*** *(…)*
***Parágrafo 1º.*** *Los inspectores de policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, con excepción de la restitución de tierras a las víctimas del conflicto armado interno, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia".*
*(…)"* (Subraya la Sala).
(*Gaceta del Congreso* No. 554 del 29 de septiembre de 2014, p. 56).
Sin embargo, la exposición de motivos era general sobre el proyecto y no incluyó una motivación específica para esta norma.
En la Ponencia para Primer Debate en la Comisión Primera del Senado, se suprimió la frase: *"con excepción de la restitución de tierras a las víctimas del conflicto armado interno"* (Gaceta del Congreso No. 290 del 13 de mayo de 2015, págs. 101 y 167) y así quedó el texto de la norma en la Ley 1801 de 2016. Como se observa, la intención del Legislador era la de eliminar la comisión de los jueces para que los inspectores de policía realicen diligencias jurisdiccionales.

englobando a ambas expresiones con el calificativo de "*jurisdiccionales*", no de administrativas, pues se parte de la base de que efectivamente provienen de la comisión otorgada por un juez de la República en ejercicio de una función judicial y por ende, son jurisdiccionales tanto las funciones como las diligencias materiales de la actuación judicial encomendada.

4) La circunstancia de que el comisionado no sea quien resuelva las oposiciones a la diligencia de secuestro o entrega de un bien, sino que tal función le corresponda al juez comitente, no le resta a tales diligencias su carácter de jurisdiccionales, pues es lógico que sea el juez de la causa como conductor del proceso quien resuelva tales incidentes procesales, debido a su trascendencia sobre el derecho de propiedad constitucional y legalmente amparado y el desarrollo del proceso mismo.

5) La Corte Constitucional en Sentencia C-798 del 16 de septiembre de 2003 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), citada en la consulta, expresó que las diligencias de secuestro y entrega de bienes dentro de un proceso judicial, son de naturaleza jurisdiccional. Sostuvo la Corte:

> *"El secuestro juega un papel fundamental en el proceso y, por las condiciones en que se lleva a cabo, acarrea consecuencias de responsabilidad para el Estado en tanto que de la práctica de esta medida cautelar se suceden consecuencias jurídicas, que deben ser resueltas por el funcionario judicial.*
>
> *(…)*
>
> *(…) la diligencia de secuestro involucra actuaciones de las cuales se generan consecuencias jurídicas de carácter judicial. Por consiguiente, dado que el artículo 116 de la Carta Política no señala a los empleados de los despachos judiciales como destinatarios de función judicial, ninguna práctica de medidas cautelares podrá ser delegada en ellos, máxime cuando los delegatarios actúan con las mismas facultades del juez delegante.*
>
> *En igual sentido, según lo dispuesto por los artículos 337 a 339 del Código de Procedimiento Civil, la diligencia de entrega de bienes es de carácter judicial. En ella se definen derechos oponibles de terceros, se identifican inmuebles, se tramitan oposiciones a la entrega y se reconoce el derecho de retención, entre otras. Su carácter judicial impide igualmente en aplicación de lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución, que el juez pueda ser autorizado por el legislador para delegar en empleados de su despacho la práctica de diligencias de entrega de bienes".*

6) La misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias del 21 de abril de 1995 y 12 de agosto de 2010, citadas en el mencionado Concepto No. 2332 del 6 de septiembre de 2017 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, reconoció el carácter jurisdiccional de las actuaciones de las autoridades de policía, desarrolladas en virtud de comisiones conferidas por los jueces, en razón de que los comisionados obran con las mismas facultades jurisdiccionales del comitente con las limitaciones legales.

7) Más recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Tutela No. STC15868-2017 del 3 de octubre de 2017, dictada dentro del proceso radicado con el No. 76001-22-03-000-2017-00457-01, reconoció implícitamente la derogación del inciso tercero del artículo 38 del Código General del Proceso, respecto de las funciones o diligencias jurisdiccionales comisionadas por los jueces a los inspectores de policía cuando se refirió a la supresión del apoyo que prestaban tales inspecciones a la rama judicial. Sostuvo la Sala de Casación Civil lo siguiente:

> *"Al respecto, resulta importante señalar que su dicho no puede salir avante, en tanto que la dilación en la mentada diligencia, se remonta a la entrada en vigencia del Código Nacional de Policía, que por disposición del parágrafo primero del artículo 206 se estipuló: «[l]os inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia».*
>
> *Memórese entonces, que situaciones como la de ahora, de estancación y represamiento de diligencia (sic) judiciales por practicar, a lo que se suma la supresión de apoyo por parte de las Inspecciones de Policía, ha sido motivo de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional quien en sentencia T -084 de 2004, dejó clara su preocupación por este tipo de problemática, al señalar que «[e]n efecto, resulta indiscutible que el cumplimiento tardío de decisiones judiciales comporta en sí mismo una injusticia, como quiera que se genera gran incertidumbre y desconfianza en la administración de justicia, lo cual a su vez comporta una deslegitimación de la función jurisdiccional».*
>
> *(…)*
>
> *Ahora, en relación al argumento, del escaso material probatorio, el cual compara con aquella oportunidad a la que se transporta la Colegiatura, al decir que allí se analizaron cifras y estadísticas considerables de asuntos por atender, resta decir que no le es dable justificarse en esa tesis, porque sin mayores elucubraciones, salta a vista el impacto que trae para la rama judicial, la restricción de apoyo por parte de las Inspecciones de Policía, quienes por colaboración armónica, ayudaban a evacuar las diligencias judiciales".* (Subraya la Sala de Consulta y Servicio Civil).

8) Consciente de esta problemática, el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PCSJA17-10832 del 30 de octubre de 2017, *"Por el cual se adoptan unas medidas para la atención de los despachos comisorios y de apoyo para algunos juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple de Bogotá",* mediante el cual dispuso como una solución temporal, que cuatro (4) de los juzgados creados como de pequeñas causas y competencia múltiple en Bogotá, asumieran de manera exclusiva y transitoria, el diligenciamiento de los despachos comisorios dirigidos a las autoridades policivas de la ciudad, conforme a lo señalado en el mismo . El Acuerdo establece, entre otras normas, las siguientes:

> ***"Artículo 1.º*** *Entrada en funcionamiento de juzgados. A partir del 1.º de noviembre de 2017, cuatro (4) de los juzgados creados como de pequeñas causas y competencia*

*múltiple, que a la fecha no han entrado en funcionamiento, asumirán exclusivamente y de manera transitoria, hasta el 30 de junio de 2018, el diligenciamiento de los despachos comisorios que adelante se indicarán. Los despachos se identificarán como juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple números 027, 028, 029 y 030 de Bogotá.*

***Parágrafo.*** *Los nombramientos de los jueces sólo podrán realizarse, cuando la Dirección Seccional de Administración Judicial de Bogotá, certifique la disponibilidad de infraestructura física y tecnológica y demás elementos necesarios para su funcionamiento.*

***Artículo 2.º*** *Competencia por descongestión. Los despachos comisorios que ya hayan sido librados conforme a la ley, y que a la fecha de entrada en vigencia del presente acuerdo se encuentren ante las autoridades de policía de Bogotá, serán devueltos a la oficina de origen para redireccionar la comisión a los anteriores despachos judiciales.*

***Parágrafo 1.º*** *El Consejo de Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, coordinará con las autoridades policivas de las diferentes localidades de Bogotá, la devolución del 50% de los despachos comisorios, teniendo en cuenta para ello la fecha de recepción del despacho comisorio, de la más antigua a la más reciente. Una vez recibidas las comisiones, el consejo de justicia las remitirá directa y debidamente relacionadas al centro de servicios administrativos y jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia de Bogotá, para el reparto respectivo entre estos cuatro despachos judiciales.*

***Parágrafo 2.º*** *Estos despachos judiciales quedan excluidos del reparto de acciones constitucionales y demás asuntos que conocen los demás juzgados del distrito judicial de Bogotá".*

9) Resulta necesario anotar que si en gracia de discusión, se admitiera que las funciones y diligencias comisionadas por los jueces a los alcaldes fueran de carácter administrativo, estos no podrían delegar tales funciones y diligencias en los inspectores de policía, por cuanto ello significaría una subdelegación, que se encuentra prohibida por el numeral 2º del artículo 11 de la Ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, el cual dispone que *"no podrán transferirse mediante delegación: (…) 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación. (…)".*

En síntesis, la Sala respeta, por supuesto, el criterio expresado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la referida Sentencia de Tutela del 19 de diciembre de 2017, pero considera que existen razones jurídicas valederas, expuestas incluso en precedentes de esa misma Sala con anterioridad, para sostener que las funciones y diligencias comisionadas por los jueces a los inspectores de policía son de carácter jurisdiccional y, por tanto, se presenta una derogación tácita del inciso tercero del artículo 38 del Código General del Proceso, en cuanto comprende a los inspectores de policía, por el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia.

### D. Improcedencia de delegación por parte de los alcaldes a los inspectores de policía y otros funcionarios, de las funciones o diligencias jurisdiccionales comisionadas por los jueces a los primeros

La cuarta pregunta de la consulta se basa en la premisa *"de llegarse a entender derogado tácitamente el inciso 3º del artículo 38 del Código General del Proceso",* y se refiere a si los alcaldes pueden delegar *"administrativamente"* en los inspectores de policía las funciones o diligencias comisionadas por los jueces a los primeros.

La quinta pregunta extiende esta inquietud a si el alcalde puede delegar tales diligencias a otros funcionarios y si estos deben ser del nivel directivo o asesor.

En primer lugar, se debe señalar que las funciones o diligencias comisionadas por los jueces revisten el carácter de jurisdiccionales, conforme el artículo 40 del CGP *("El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue")* y lo explicado en el citado Concepto No. 2332, y se observa que el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia fue tajante en disponer que los inspectores de policía *"no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces",* debiéndose entender, pues la norma no distingue, tanto por comisión de manera directa como por comisión vía delegación, en el hipotético caso de que esta fuera viable jurídicamente. Inclusive se infiere que si se les atribuyera la comisión vía delegación, sería una forma de desvirtuar el mandato de la norma del Código Nacional de Policía y Convivencia, pues se estaría procediendo en contra de la prohibición que ella establece.

De otra parte, no se advierte la existencia de una norma habilitante para el alcalde de delegar estas funciones o diligencias jurisdiccionales comisionadas por los jueces, en virtud del inciso tercero del artículo 38 del CGP, en otros funcionarios de su administración, pues no hay una norma que, de manera expresa, lo faculte en ese sentido y, por consiguiente, de acuerdo con el principio de legalidad no las podría delegar.

Además no podría sustentar esta facultad en lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 489 de 1998, el Estatuto de la Administración Pública, pues esta norma se refiere a la delegación de funciones administrativas[639], no jurisdiccionales, y que la delegación solo procede para la atención y decisión de asuntos confiados a los funcionarios por la ley y por los actos orgánicos respectivos y no por los jueces[640].

---

639 Precisamente los dos primeros artículos de la Ley 489 de 1998 determinan el objeto de la ley y su ámbito de aplicación en los siguientes términos:
***"Artículo 1º.- 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.*
***Artículo 2º.- 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.*
***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". (Subraya la Sala).*

640 En efecto el artículo 9º de la Ley 489 de 1998 establece lo siguiente:
***"Artículo 9º.- Delegación.*** Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Es importante señalar que en forma expresa el artículo 38 del Código General del Proceso, en su inciso tercero, otorgó una competencia precisa a los alcaldes para recibir comisiones de los jueces, siempre que no se trate de la práctica de pruebas[641].

En conclusión, los alcaldes no están facultados para delegar en los inspectores de policía o en otros funcionarios, las funciones o diligencias jurisdiccionales comisionadas por los jueces de la República.

Por último, la Sala advierte que ante la circunstancia de que los inspectores de policía dejan de ejercer funciones y diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, en virtud de lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia, se puede generar una congestión de la realización de tales funciones y diligencias en los alcaldes distritales y municipales del país. Al respecto, y como se mencionó, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PCSJA17-10832 del 30 de octubre de 2017, adoptó una solución temporal en el caso de Bogotá, D. C.

De la misma manera, la Sala considera necesario que el señor Ministro de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura se sirvan tomar las medidas pertinentes para prevenir la eventual situación de congestión de los alcaldes en la tramitación de las comisiones, principalmente en las ciudades capitales de departamento, como podría ser mediante la creación de jueces especializados para atender los despachos comisorios.

## III. LA SALA RESPONDE

*"1. ¿Se debe entender que las diligencias o funciones que comisiona el juez sobre los funcionarios de policía son de carácter jurisdiccional o son de carácter administrativo?"*

Las diligencias o funciones que comisiona el juez a los funcionarios de policía son de carácter jurisdiccional.

*"2. Si son de carácter jurisdiccional, ¿se debe entender derogado tácitamente el inciso 3º del artículo 38 del Código General del Proceso, por lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, en lo relativo a los inspectores de policía como funcionarios de policía?"*

El inciso tercero del artículo 38 del Código General del Proceso fue derogado tácitamente por el parágrafo 1º del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo relativo a los inspectores de policía como funcionarios de policía.

---

*Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.*

***Parágrafo.-*** Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos" (Subraya la Sala).

641 El mencionado inciso dispone lo siguiente: "Cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas podrá comisionarse a los alcaldes y demás funcionarios de policía, sin perjuicio del auxilio que deban prestar, en la forma señalada en el artículo anterior".

*"3. En caso de no entenderse derogado el inciso 3º del artículo 38 del Código General del Proceso, conforme lo visto en la pregunta anterior, ¿sería procedente que los jueces sigan comisionando a inspectores de policía para efectuar diligencias "jurisdiccionales"?"*

No se presenta el supuesto de esta pregunta.

*"4. De llegarse a entender derogado tácitamente el inciso 3º del artículo 38 del Código General del Proceso, ¿es posible que los alcaldes puedan delegar administrativamente en los inspectores de policía, las funciones o diligencias comisionadas por los jueces de la República a los primeros?"*

*"5. ¿Pueden delegarse las diligencias que les han sido encomendadas vía comisión por parte de los jueces, a otros funcionarios? Y, de ser posible, ¿Deben ser funcionarios del nivel directivo o asesor, conforme lo previsto en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, o, en caso contrario, qué características deben tener estos?"*

Las funciones o diligencias jurisdiccionales comisionadas por los jueces a los alcaldes, no pueden ser delegadas por estos en los inspectores de policía o en otros funcionarios.

Remítase al señor Ministro de Justicia y del Derecho 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 Reyes, Secretaria de la Sala.

**1. Pérdida de fuerza ejecutoria del acto de nombramiento de gobernadores y alcaldes ad hoc.**

**Radicado 2372**

Fecha: 10/07/2018
Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*
Levantamiento de la reserva mediante oficio 18-30029 DMI1000 del 2 de agosto de 2018

El Ministro del Interior consulta sobre la configuración y los efectos del decaimiento del acto de nombramiento de gobernadores y alcaldes ad hoc.

## I. ANTECEDENTES

Informa el Ministro que la Gobernadora Encargada del Departamento de Córdoba elevó a su despacho una consulta en la que manifiesta:

> *"(…) solicito concepto jurídico respecto de la pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto No 396 de 9 de marzo de 2017 "Por el cual se acepta una renuncia y se designa Gobernadora Ad-hoc para el departamento de Córdoba", en lo referente a la designación de la doctora Salma Lorena Moya Castaño, como Gobernadora Ad-hoc para las actuaciones administrativas de los convenios No. 750, 752. 754 y 755 de 2013.*
>
> *La anterior solicitud se hace con fundamento en los siguientes hechos:*
>
> *1. La Gobernación de Córdoba y la Universidad del Sinú celebraron los convenios No 750, 752. 754 y 755 de 2013, financiados con recursos de regalías – fondo de ciencia, tecnología e innovación, durante la administración del señor Alejandro Lyons Muskus (2012-2015) cuyos objetos son:*
>
> *Convenio 750. Desarrollo e investigación aplicada de un modelo experimental sostenible e innovador en la cadena productiva y artesanías derivada de la caña de flecha en el Departamento de Córdoba.*
>
> *Convenio 752 de 2013. Estudio de factibilidad del parque tecnológico del Sinú y San Jorge en el Departamento de Córdoba.*
>
> *Convenio 754 de 2013. Diseño de un programa de estudios en infecciones y salud tropical para el Departamento de Córdoba.*
>
> *Convenio 755 de 2013. Investigación y desarrollo aplicado de un modelo experimental para el manejo productivo y sostenible de los sistemas agroforestales en el Departamento de Córdoba.*
>
> *2. Al tomar posesión del cargo de Gobernador de Córdoba el Dr. Edwin José Besaile Fayad (Elegido para el período 2016-2019), dichos convenios estaban en curso y sin trámite de liquidación, circunstancia que lo motivó a presentar ante la Procuraduría*

*Regional de Córdoba, escritos adiados 31 de marzo de 2016 y 8 de junio de la misma calenda, en los que manifestó impedimento para intervenir en las actuaciones o trámites administrativos relacionados con dichos acuerdos de voluntades, por considerar encontrarse inmerso en la causal del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que por razones de su vínculo matrimonial vigente, se encuentra en parentesco de primer grado de afinidad con quien suscribió los convenios en calidad de representante legal de la Universidad del Sinú y que las personas que aparecen en los órganos de dirección de dicha institución educativa son tías de su esposa.*

*3. Por medio de acto administrativo de fechas 8 de abril y 13 de junio de 2016, la Procuraduría Regional de Córdoba aceptó los impedimentos presentados y envió las mencionadas decisiones a la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior a fin que se designase un Gobernador Ad-hoc, de conformidad con lo previsto en el numeral 19 artículo 10 del decreto 2893 de 2011.*

*4. Acto seguido, el Ministerio del Interior, por medio de los decretos 830 y 1248 de 2016 designó al doctor GUSTAVO GARCÍA FIGUEROA, como Gobernador Ad-hoc del Departamento de Córdoba, para todo lo relacionado con los convenios No 750, 752, 754 y 755 de 2013.*

*5. En fecha posterior el doctor GARCÍA FIGUEROA presentó renuncia a tal designación, la cual fue aceptada por medio de Decreto No 396 de 9 de marzo de 2017.*

*6. En el mismo acto administrativo No 396 de 2017, se procedió a la designación de nuevo Gobernador Ad-hoc. Dicha designación recayó en la doctora SALMA LORENA MOYA CASTAÑO, funcionaria de la Gobernación de Córdoba, para que adelante todas las actuaciones administrativas relacionadas con los convenios en comento:*

*"Artículo 2. Designación de Gobernadora Ad-hoc del Departamento de Córdoba, Desígnese como Gobernadora Ad-hoc del departamento de Córdoba, a la doctora Salma Lorena Moya Castaño, identificada con la cédula de ciudadanía número 34.992.541 de Montería, quien se desempeña como Profesional Universitario de la Planta Global de empleo Nivel Central de la Gobernación del departamento de Córdoba (Encargada), Grado 07, Código 219, para que adelante las actuaciones administrativas que correspondan respecto del convenio especial de cooperación número 755 del 19 de diciembre de 2013, celebrado entre el departamento de Córdoba con la Fundación Conservación y Desarrollo Forestal (CDF) y la Universidad del Sinú, y para que adelante las actuaciones administrativas que correspondan respecto de los convenios del especial (sic) cooperación números 750, 752 y 754 del 19 de diciembre de 2013, celebrados entre el departamento de Córdoba y la Universidad del Sinú".*

*Ahora bien, teniendo en cuenta que, 1) por medio del Decreto No 116 de 19 de enero de 2018, el Presidente de la República, dio cumplimiento a la orden de suspensión provisional del cargo de Gobernador del Departamento de Córdoba del doctor EDWIN BESAILE FAYAD, orden emanada de la Procuraduría Segunda para la Vigilancia Administrativa, y en ese sentido, procedió a designarme como Gobernadora encargada para el*

*Departamento de Córdoba y 2) el carácter personal del régimen de los impedimentos, se consulta si frente a la designación de la doctora SALMA LORENA MOYA CASTAÑO hecha en el Decreto No 396 de 9 de marzo de 2017, arriba citado, ha operado la pérdida de ejecutoriedad de dicho acto administrativo, conforme el numeral segundo, artículo 91 de la Ley 1437 de 2011".*

Adicionalmente, ante la frecuencia de nombramientos ad hoc, considera el Ministro que es la oportunidad para efectuar otros interrogantes.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS:**

*"1. ¿La designación de Gobernadora ad-hoc en el departamento de Córdoba mediante Decreto 116 de 19 de enero de 2018 implica "la pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto No 396 de 9 de marzo de 2017 "Por el cual se acepta una renuncia y se designa Gobernadora Ad-hoc para el departamento de Córdoba, en lo que (sic) referente a la designación de la doctora SALMA LORENA MOYA CASTAÑO como Gobernadora Ad-hoc para las actuaciones administrativas de los convenios No 750, 752, 754 y 755 de 2013?*

*2. Teniendo en cuenta que los impedimentos o recusaciones ocurren por razones personales, en la medida en que se presentan "cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y concreto del servidor público…" como lo prevé el artículo 11 del CPACA, ¿si el gobernador o alcalde titular a quien se le ha aceptado el impedimento o recusación resulta incurso en alguna causal de falta temporal o absoluta o circunstancia que haga necesaria la designación de un alcalde o gobernador encargado, debe seguirse o suspenderse el trámite de designación del funcionario territorial ad-hoc?*

*3. Si se entiende que ocurre el decaimiento del acto administrativo que designa gobernador o alcalde ad-hoc cuando hay lugar a designar funcionario encargado por falta temporal o absoluta, ¿cómo debería procederse cuando cesa la falta temporal o absoluta?, ¿reasumiría la función el funcionario ad- hoc designado o sería necesario designar nuevamente mediante decreto?"*

## II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala analizará los siguientes puntos: i) la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos, ii) los impedimentos, iii) los decretos de designación de Gobernador del Departamento de Córdoba y iv) el caso concreto.

### A. La pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos

La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos se encuentra establecida en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 -CPACA- que reproduce en lo fundamental el contenido del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 -CCA-, en los siguientes términos:

*"**Artículo 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

*1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

*2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*

*3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*

*4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*

*5. Cuando pierdan vigencia".*

Como se aprecia, son cinco las causas por las cuales los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria, las que la Sala procede a explicar brevemente:

### 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

El artículo 238 de la Constitución Política consagra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos en los siguientes términos:

*"Artículo 238.- La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".*

Es así que el artículo 230 numeral 3 del CPACA prevé que el Juez o el Magistrado Ponente podrán suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, previo el cumplimiento de los requisitos del artículo 231 ibídem, que en lo pertinente dispone:

*"Artículo 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos (…)"*

Según la norma transcrita:

*"(…) los requisitos sustanciales para la procedencia de la suspensión provisional radican en:*

*a) Violación de las normas invocadas como vulneradas a partir de la confrontación del acto demandado, o de las pruebas aportadas con la solicitud;*

*b) En caso de que se depreque restablecimiento del derecho o indemnización de perjuicios, se deberá probar la existencia del derecho o del perjuicio".*[642]

Ha dicho esta Sala que la suspensión provisional es una medida cautelar propia de los procesos contencioso administrativos, cuya finalidad es doble: i) preservar la legalidad objetiva y ii) minimizar los perjuicios que se le puedan causar al particular afectado con la decisión manifiestamente ilegal con la interrupción de la producción de sus efectos. La suspensión provisional inhibe o ataca la eficacia del acto jurídico, a partir de un juicio provisional de legalidad. Por esto se enumera dentro de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo.[643]

La figura de la suspensión provisional como su nombre lo indica, tiene por finalidad dejar sin efectos un acto administrativo temporalmente, mientras se decide en definitiva sobre su legalidad. Suspendido el acto por decisión judicial en lo contencioso administrativo, no puede ser aplicado por la administración ni exigir su cumplimiento.[644]

En suma:

*"La suspensión provisional del acto administrativo genera como consecuencia que este no pueda, hacia el futuro, seguir produciendo efectos jurídicos o ser aplicado por la administración, mientras se encuentre vigente dicha medida cautelar y hasta tanto se resuelva definitivamente su suerte en la sentencia.*

*Asimismo, a partir de la decisión que ordena la suspensión del referido acto, no es posible adelantar actuaciones administrativas con fundamento en él, pues en virtud del decreto de la medida cautelar, aunque el acto existe, ha perdido su fuerza ejecutoria".*[645]

### 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho

En cuanto a la desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho, la Corte Constitucional en sentencia C-069 de 1995 a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 del CCA dijo:

*"Lejos de contrariar las normas constitucionales en que se apoya la demanda, la Administración Pública tiene un control interno que se ejerce en los términos que señale la ley, de manera que el legislador está facultado por la Constitución (artículo*

642 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Radicación -2014-00774

643 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de noviembre de 2006. Radicado 1779.

644 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 20 de abril de 1993. Expediente 7894 y Sección Quinta. Auto del 13 de agosto de 2001. Expediente 2605.

645 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de diciembre de 2016. Radicado 2315.

*209) para consagrar causales excepcionales a través de las cuales la misma Administración puede hacer cesar los efectos de los actos administrativos, como ocurre cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho del mismo acto administrativo, sin que haya lugar a que al erigirse ésta pueda desprenderse quebrantamiento constitucional alguno, lo que da lugar a considerar que el cargo mencionado no está llamado a prosperar.*

*La jurisdicción contencioso administrativa se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con el decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico, como lo ha reconocido la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional.*

*El Consejo de Estado ha expresado en relación con la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, y particularmente en lo relativo al decaimiento del acto administrativo, lo siguiente:*

*"La doctrina foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexequibilidad de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta"."*

A su vez la jurisprudencia del Consejo de Estado ha enseñado que el también conocido como decaimiento del acto administrativo opera hacia el futuro y es un fenómeno que en nada afecta su validez ni contraría su presunción de legalidad[646], pues esta solamente puede ser desvirtuada por el juez.[647]

También ha dicho la jurisprudencia contenciosa administrativa que la pérdida de la fuerza ejecutoria se relaciona con la obligatoriedad del acto y la posibilidad que tiene la administración de hacerlo cumplir aun en contra de la voluntad de los administrados. Opera por ministerio de la ley, es decir que el acaecimiento de la causal *ipso jure* impide que la administración pueda perseguir el cumplimiento de la decisión, de modo que las obligaciones allí contenidas quedan sin poder coercitivo respecto de sus destinatarios.[648]

646 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subseccion B. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Rad: 2000-00580.
647 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera: Sentencia del 5 de julio de 2006, Rad.: 1999-00482.
648 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 21 de abril de 2017. Rad: 2011-00361.

En síntesis, el decaimiento comporta la pérdida de los efectos vinculantes del acto administrativo, es decir *"se extinguen las obligaciones de cumplimiento y obediencia que se encuentran implícitas en el acto administrativo"* y es una *"situación jurídica que se da de pleno derecho",* por tanto no se requiere adelantar ninguna actuación para que opere[649], salvo en el caso de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria que a la luz del artículo 92 del CPACA exige que el interesado se oponga a la ejecución del acto administrativo.

### 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos

Explica la doctrina especializada que se trata de la inejecución u omisión del cumplimiento de los procedimientos para la eficacia del acto.

La Administración cuenta con cinco años contados a partir de la firmeza del acto para realizar todas las operaciones tendientes a su ejecución; de no actuar dentro de ese lapso, se produce una especie de sanción a la administración morosa consistente en que el acto pierde su fuerza ejecutoria y se pierde la competencia para hacerlo efectivo.[650]

### 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto

Explica Marienhoff que la condición existe cuando cumplido un acontecimiento futuro e incierto, se produce de pleno derecho la extinción de los efectos del acto.[651]

Para dar alcance a la causal es menester acudir a los artículos 1530 y siguientes del Código Civil; en el caso específico de los actos administrativos las condiciones resolutorias deben ser expresas, en virtud del principio de legalidad que rige para cualquier disposición en derecho administrativo.[652]

### 5. Cuando pierdan vigencia

La Sección Cuarta de esta Corporación explica que la pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo por pérdida de vigencia ocurre cuando el acto *"se extingue o desaparece del mundo jurídico y, como consecuencia, desaparece su fuerza jurídica, como en los casos de anulación, revocación, derogación, retiro del acto, o en los eventos en los que por razones temporales deja de tener vigencia".*[653]

Consecuentemente con la postura del Consejo de Estado la doctrina considera que la pérdida de vigencia *"es un concepto genérico que recoge la totalidad de eventos de pérdida de ejecutoria"*, además de referirse a situaciones como la derogatoria, la revocatoria o cualquier otra que se pueda calificar como limitante a la eficacia del acto.[654]

649 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de junio de 2017. Rad:2007-00423.
650 Ver: Santofimio, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Página 326.
651 En: Berrocal, Luis. Manual del acto administrativo. Librería ediciones El Profesional. Página 505.
652 Santofimio, Jaime. Op cit. Página 342.
653 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 15 de noviembre de 2017. Expediente: 2016-0061.
654 Santofimio, Jaime. Op cit. Página 343.

Pues bien, un acto administrativo puede perder su eficacia con carácter definitivo porque deja de existir, o la pierde con carácter temporal o provisional porque dicha eficacia solo se suspende o se interrumpe.[655]

Se produciría definitivamente la pérdida de fuerza ejecutoria del acto: i) cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlo y ii) cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido.

En el evento de suspensión temporal de los efectos, es claro que el acto pierde fuerza ejecutoria provisionalmente mientras se decide en definitiva sobre su legalidad.

### B. Los impedimentos

Los impedimentos permiten a quien conoce de un proceso administrativo pedir su separación de la actuación cuando en razón de las causales previstas por la ley, considera que puede estar comprometida su imparcialidad e independencia.

Son entonces herramientas procesales para hacer efectiva la garantía de imparcialidad como parte del debido proceso, con las cuales se asegura que el funcionario que adelante la actuación obrará efectivamente como un tercero neutral tanto en relación con las partes como en relación con la causa misma, y el objeto o situación fáctica que se analiza.

En ese orden de ideas se garantiza que el funcionario desarrollará sus competencias sin prejuicios, temores, sentimientos de lealtad o de agradecimiento, ni posturas previas que afecten su ánimo para actuar y, en su momento para decidir.

Asimismo los impedimentos aseguran varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública, como la moralidad y la transparencia, entre otros (C.P. art. 209).[656]

En efecto, la imparcialidad en las actuaciones y decisiones de quienes ejercen funciones públicas, particularmente administrativas para el caso consultado, debe estar amparada por el ordenamiento jurídico; para ello la Constitución y la ley han previsto los impedimentos y las recusaciones que con la observancia del trámite también establecido por la ley, permiten separar del conocimiento de determinados asuntos a quienes estén incursos en alguna de las situaciones reguladas.

Es así que el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 establece:

> *"**Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación.** Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones,*

655 Sánchez, Miguel. Derecho Administrativo Parte General. Tecnos. Página 548.

656 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto de competencias administrativas. Decisión del 18 de julio de 2016. Rad: 2016-00065.

*practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:*

*1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*

*2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.*

*3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.*

*4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.*

*5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.*

*6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.*

*7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.*

*8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.*

*9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.*

*10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.*

*11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.*

*12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.*

*13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.*

*14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.*

*15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.*

*16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición".*

Sobre los impedimentos pueden mencionarse las siguientes características:

- Son un reconocimiento de la naturaleza humana y de la experiencia que implican que bajo ciertas circunstancias personales se puede perder la imparcialidad.
- Son una excepción a la obligatoriedad de ejercer la función pública.
- Buscan la idoneidad subjetiva del funcionario.
- Son taxativos.
- Deben ser motivados.

Corolario de las decisiones de aceptar un impedimento es la designación de quien deba continuar conociendo del asunto de que se trate para que este no se quede sin atender o concluir por falta de funcionario competente.

El artículo 30 del CCA y el artículo 12 del CPACA han sido –en vigencia de la Constitución Política de 1991-, las disposiciones legales previstas para hacer efectiva la garantía de imparcialidad.[657]

Resulta pertinente la transcripción de las disposiciones en comento:

CCA, artículo 30:

> *"Garantía de imparcialidad. A los funcionarios que deban realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, se aplicarán, además de las causales de recusación previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, las siguientes: (…)*
>
> *El funcionario, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquél en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, manifestará el impedimento por escrito motivado y entregará el expediente a su inmediato superior, o al procurador regional, si no lo tuviera.*
>
> *La autoridad ante quien se manifieste el impedimento decidirá en el término de diez (10) días y en forma motivada, sin que contra la decisión quepa recurso; y al decidir señalará quién debe continuar el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario ad hoc; en el mismo acto ordenará la entrega del expediente al designado que ha de sustituir al separado de conocimiento.*
>
> *Las causales de recusación también pueden declararse probadas de oficio por el inmediato superior o por el procurador regional; los interesados también podrán alegarlas en cualquier tiempo. En estos eventos se aplicará, en lo pertinente, el procedimiento antes descrito.*
>
> *El superior o el procurador regional podrán también separar del conocimiento a un funcionario cuando, a su juicio, en virtud de denuncias puestas por el interesado, aquel no garantice la imparcialidad debida.*
>
> *El trámite de un impedimento suspenderá los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo".*

Ley 1437 de 2011, CPACA, artículo 12:

> *"Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.*

657 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de marzo de 2014. Rad. 2203.

*La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.*

*Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.*

*La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo, se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo".*

Se aprecia entonces, que aceptado un impedimento es menester decidir a quién corresponderá el conocimiento del asunto, y si es preciso designar un funcionario ad hoc, que es lo que efectivamente ha sucedido en el caso de la consulta.

### C. Los decretos de designación de Gobernador del Departamento de Córdoba

El señor Edwin José Besaile Fayad -Gobernador elegido del Departamento de Córdoba- manifestó su impedimento para intervenir en las actuaciones o trámites administrativos relacionados con varios convenios suscritos entre la gobernación de Córdoba y la Universidad del Sinú al considerar que se encontraba incurso en la causal del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, en razón a su parentesco en primer grado de afinidad con quien suscribió los convenios como representante legal de la Universidad del Sinú, y por parentesco también de afinidad con personas que hacen parte los órganos de dirección de dicha institución.

Aceptado el impedimento, se expidieron los Decretos 830 y 1248 de 2016 por medio de los cuales se designó al doctor Gustavo García Figueroa como Gobernador ad hoc del Departamento de Córdoba para todo lo relacionado con los convenios 750, 752, 754 y 755 de 2013.

Posteriormente, ante renuncia del Dr. García, se expidió el Decreto 396 de 2017 en el que se designó a la doctora Salma Lorena Moya Castaño como nueva Gobernadora ad hoc.

Finalmente, mediante el Decreto 116 del 19 de enero de 2018 el Presidente de la República cumplió una orden de suspensión provisional dispuesta por la Procuraduría General de la Nación en contra del señor Edwin Besaile Fayad como Gobernador del Departamento de Córdoba y nombró como Gobernadora encargada a la doctora Sandra Patricia Devia Ruiz.

### D. El caso concreto

Aprecia la Sala que el Gobernador del Departamento de Córdoba manifestó su impedimento sustentado en la existencia de parentesco de afinidad con quien como representante

legal de la Universidad del Sinú suscribió los convenios con la gobernación, y también por tener parentesco de afinidad con las personas que aparecen en los órganos de dirección del mismo centro educativo.

Ante la situación descrita se aceptó el impedimento y se procedió a la designación de Gobernador ad hoc para atender los asuntos específicamente afectados por el señalado impedimento.

No obstante, con posterioridad, el Presidente de la República procedió a nombrar en encargo a una nueva funcionaria en cumplimiento de la suspensión provisional del Gobernador titular, ordenada por la Procuraduría General de la Nación.

Se observa entonces que el acto administrativo de designación de Gobernador ad hoc perdió sus fundamentos de hecho en la medida que fue expedido para conjurar una situación personal que afectaba la imparcialidad del Gobernador titular (impedimento), circunstancia que no puede extenderse a quien ahora funge como Gobernadora encargada. Los impedimentos obedecen a condiciones personales de quien las alega, y no se predican de quien ahora ocupa el empleo a título de encargo.

Así las cosas, el acto de nombramiento ad hoc ha perdido su fuerza ejecutoria y la Gobernadora encargada tiene que asumir las actuaciones administrativas para las cuales el Gobernador titular está impedido.

## III. La Sala responde:

1. *¿La designación de gobernadora ad-hoc en el departamento de Córdoba mediante Decreto 116 de 19 de enero de 2018 implica "la pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto No 396 de 9 de marzo de 2017 "Por el cual se acepta una renuncia y se designa Gobernadora Ad-hoc para el departamento de Córdoba, en lo que (sic) referente a la designación de la doctora SALMA LORENA MOYA CASTAÑO como gobernadora Ad-hoc para las actuaciones administrativas de los convenios No 750, 752, 754 y 755 de 2013?*

La Sala advierte un error en la pregunta, pues mediante el Decreto 116 del 19 de enero de 2018 se encargó como Gobernadora a la doctora Sandra Patricia Devia y no se efectuó ninguna designación ad hoc.

Efectuada tal precisión, y de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de este concepto, se estima que la designación de Gobernadora encargada mediante el Decreto 116 de 19 de enero de 2018 genera la pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto No 396 de 9 de marzo de 2017 por el cual se nombró como Gobernadora ad hoc para el Departamento de Córdoba a la doctora Salma Lorena Moya Castaño.

2. *Teniendo en cuenta que los impedimentos o recusaciones ocurren por razones personales, en la medida en que se presentan "cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y concreto del servidor público…" como lo prevé el artículo 11 del CPACA, ¿si el gobernador o alcalde titular a*

*quien se le ha aceptado el impedimento o recusación resulta incurso en alguna causal de falta temporal o absoluta o circunstancia que haga necesaria la designación de un alcalde o gobernador encargado, debe seguirse o suspenderse el trámite de designación del funcionario territorial ad-hoc?*

Si el Gobernador o Alcalde a quien se le ha aceptado el impedimento o en contra de quien ha prosperado una recusación es reemplazado por un funcionario encargado, se hace innecesario efectuar el nombramiento de otro ad hoc, pues el encargado deberá asumir las actuaciones para las cuales estaba impedido o fue recusado el titular.

En tal medida, debería suspenderse el trámite de designación del Alcalde o Gobernador ad hoc.

3. *Si se entiende que ocurre el decaimiento del acto administrativo que designa gobernador o alcalde ad-hoc cuando hay lugar a designar funcionario encargado por falta temporal o absoluta, ¿cómo debería procederse cuando cesa la falta temporal o absoluta?, ¿reasumiría la función el funcionario ad-hoc designado o sería necesario designar nuevamente mediante decreto?"*

En el evento en que cese el encargo y reasuma el titular, si el titular todavía está afectado por las circunstancias que dieron lugar a la designación de un funcionario ad-hoc, se hace necesaria la expedición de un nuevo decreto de nombramiento en tal calidad.

Remítase al Ministro 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 Reyes, Secretaria de la Sala.

## 7. Falta absoluta de Alcalde. Destitución. Radicado

**Radicado 2401**

Fecha: 02/10/2018
Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*
Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 142973- OAJ1400 del 26 de octubre de 2018

La señora Ministra del Interior consulta a la Sala sobre el momento en que debe entenderse se produce la falta absoluta de un Alcalde, para efecto de determinar si hay lugar o no lugar a convocar elecciones conforme a lo previsto en el artículo 314 de la Constitución Política.

### I. ANTECEDENTES

Informa la Ministra que en fallo disciplinario de primera instancia proferido el 15 de diciembre de 2017, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal destituyó e inhabilitó por 12 años al Alcalde de Riohacha, señor Fabio David Velásquez. Dicha decisión fue confirmada por la segunda instancia el 24 de abril de 2018.

El 31 de mayo del año que transcurre, el Gobierno nacional mediante Decreto 945 dispuso dar cumplimento a las decisiones de la Procuraduría y destituyó en el ejercicio del cargo de Alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha al señor Fabio David Velásquez Rivadeneira.

Con posterioridad, mediante fallo de tutela del 5 de junio, el Tribunal Administrativo de la Guajira ordenó la suspensión de los efectos de las decisiones disciplinarias de primera y segunda instancia, lo que ocasionó que por Decreto 1031 del 20 de junio de 2018 se dispusiera cesar los efectos del Decreto 945 de 2018 y que el señor Velásquez regresara al cargo.

A raíz de una impugnación interpuesta, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la sentencia de tutela dictada por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

En consecuencia, mediante Decreto 1718 del 7 de septiembre de 2018 el Presidente de la República cesó los efectos del Decreto 1031 y dispuso que el Decreto 945 del 31 de mayo de 2018 recobra vigencia.

Explica la Ministra que a la luz de lo previsto en el artículo 314 de la Constitución Política es necesario determinar el momento a partir del cual se entiende que se concretó la falta absoluta del señor Velásquez Rivadeneira como Alcalde de Riohacha, puesto que si se entiende que se produjo cuando se ejecutó la sanción disciplinaria mediante el Decreto 945 de 31 de mayo de 2018, debe elegirse Alcalde para lo que reste del período.

Si por el contrario, se estima que la falta se produjo con el fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, no habrá nueva elección y se designará un Alcalde para lo que resta del período.

Advierte que la inquietud surge de: i) lo establecido en el inciso 4 del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 según el cual el Juez define los efectos de los fallos de tutela en el tiempo, y ii) que la sentencia del Consejo de Estado simplemente revocó la sentencia de tutela de primera instancia, sin pronunciarse sobre los efectos temporales de la decisión.

Así las cosas, formula la siguiente **PREGUNTA:**

> *¿A partir de qué fecha se considera ocurrida la falta absoluta del señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, como Alcalde del Distrito Especial Turístico y Cultural de Riohacha, para efectos de definir si hay lugar o no a la convocatoria a elecciones?*

## II. CONSIDERACIONES

Para atender la solicitud, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) el concepto 2037 de 2010, ii) los decretos expedidos por el Gobierno nacional en el caso del señor Fabio David Velásquez, iii) las sentencias de tutela en el caso del señor Fabio David Velásquez, y iv) el caso concreto.

### A. El concepto 2037 de 2010

Ante una consulta formulada por el entonces Ministro del Interior y de Justicia sobre un asunto similar, esta Sala dijo:

"¿A partir de cuál fecha se considera que ocurrió la falta absoluta en el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca para efectos de determinar si hay lugar o no a la convocatoria de elecciones?

La respuesta a esta pregunta suscita dos posibles soluciones:

*A. La falta absoluta se concretó a partir del fallo de tutela definitivo, esto es, desde el 2 de agosto de 2010. De ser así, la falta absoluta se habría causado faltando menos de 18 meses para la terminación del período constitucional y, en consecuencia, el Gobierno nacional deberá designar a un ciudadano para el resto del período.*

*B. La falta absoluta en el cargo se produjo cuando quedó en firme y se ejecutó la sanción de destitución, dado que la decisión del proceso de tutela en segunda instancia revocó el fallo de primera instancia y ordenó dejar sin efectos todas las actuaciones que se hubiesen proferido con ocasión de esta providencia. Por este motivo es razonable colegir que recobra pleno efecto jurídico la sanción disciplinaria de destitución impuesta el 25 de mayo de 2010, con todas sus consecuencias, entre ellas el retiro efectivo del doctor Juan Carlos Abadía Campo del cargo de Gobernador del Departamento del Valle del*

*Cauca mediante decreto 2061 del 8 de junio de 2010.*

*5. CONSIDERACIONES*

*El centro focal del presente análisis es, sin duda, la resolución adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con fecha 28 de julio de 2010, mediante la cual revocó la sentencia de tutela de primera instancia y dispuso dejar sin efectos todas aquellas actuaciones que se hubiesen proferido con ocasión del fallo original de tutela.*

*Dicha providencia revoca, es decir, deja sin efecto ni validez alguna las determinaciones del fallador de primera instancia en sede de tutela y, por consiguiente, suprime todas las repercusiones que dicha resolución inicialmente produjo en el mundo jurídico.*

*Puesto que la decisión final del proceso de tutela revoca la decisión precedente, esto es, la invalida, y expresamente ordena que no tenga efecto alguno, ello obliga a auscultar sobre los efectos que tuvo la providencia revocada, cuestión de relevancia, dado que dichos efectos desaparecen, esto es, nunca debieron ocurrir. Por tanto, para ajustar la situación a Derecho, si dichos efectos alcanzaron a producirse en el pasado, es necesario proceder en el presente como si nunca antes hubieran existido.*

*La parte resolutiva de la sentencia de tutela revocada, que deja de tener efecto o validez, ordenó en su momento "suspender los efectos jurídicos" de los fallos emitidos por la Procuraduría, mediante los cuales se impuso la sanción de destitución, uno de los cuales fue la expedición del decreto N° 2061 del 8 de junio de 2010, mediante el cual se hizo efectiva la sanción disciplinaria de destitución.*

*Ahora bien, la decisión mediante la cual la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura revoca la providencia precedente, y que por consiguiente invalida lo decidido en esta por ser contraria a Derecho, obliga a volver la vista hacia el pasado, no sólo para hacer efectiva en su raíz cronológica la invalidación de lo entonces resuelto, sino para, a partir de ese preciso momento, retrotraer las cosas a su estado original, que no de otra manera la última providencia tendría debida aplicación. En virtud de la decisión final del proceso de tutela, por tanto, recobra pleno efecto jurídico la sanción disciplinaria de destitución hecha efectiva por el Gobierno nacional mediante decreto 2061 del 8 de junio de 2010.*

*En conclusión, la falta absoluta del doctor Juan Carlos Abadía Campo en el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca se concretó el 8 de junio de 2010, fecha a partir de la cual se hizo efectiva la sanción de destitución, pues es en ese preciso momento cuando el doctor Abadía Campo dejó de ser Gobernador del Departamento. Esto es así porque, entre otras razones, el artículo tercero del decreto 2061 expedido por el Gobierno nacional en esa fecha dispuso: "El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y contra él no procede recurso alguno de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo".*

## B. Los decretos expedidos por el Gobierno nacional en el caso del señor Fabio David Velásquez

Mediante Decreto 945 del 31 de mayo de 2018 se dispuso:

*"Artículo 1. Destitución. Dando cumplimiento a la decisión del 15 de diciembre de 2017 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, confirmada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 24 de abril de 2018, dentro del proceso IUS-2016163152 -IUC-D-2016-62-854823 y 161-7174, destituir en el ejercicio del cargo de Alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, departamento de La Guajira, al señor FABIO DAVID VELASQUEZ RIVADENEIRA identificado con cédula de ciudadanía 84.079.281.*

*Artículo 2. Designación. Designar como alcalde del distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, departamento de La Guajira, al señor Miguel Enrique Pugliese Chassaigne, identificado con cédula de ciudadanía 79.781.529. DECRETO*

*Artículo 3. Comunicación. Por intermedio del Ministerio del Interior, comunicar el contenido del presente decreto al señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, alcalde electo; al señor Miguel Enrique Pugliese Chassaigne, alcalde designado; a la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación; a la Alcaldía del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha; al Consejo Nacional Electoral ya la Registraduría Nacional del Estado Civil.*

*Artículo 4. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación y contra él no procede recurso alguno, conforme la dispone en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo".*

En el Decreto 1031 del 20 de junio de 2018 expedido por el Presidente de la República se lee:

*"Artículo 1. Cesación de efectos. En cumplimiento del fallo de tutela de 5 de junio de 2018, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira en el proceso radicado 44001-23-40-000-2018-00062-00, cesar los efectos del Decreto 945 de 31 de mayo de 2018, mediante el cual se dio cumplimiento a la decisión de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, confirmada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, haciendo efectiva la destitución al señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, en su calidad de alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, departamento de La Guajira, y se designó como alcalde encargado al señor Miguel Enrique Pugliese Chassaigne, mientras se designaba por el procedimiento de terna.*

*Artículo 2. Comunicación. Por intermedio del Ministerio del Interior, comunicar el contenido del presente decreto al señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, alcalde electo, para que proceda en los términos del referido fallo de tutela; al señor Miguel Enrique Pugliese Chassaigne, alcalde encargado; a la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación; a la Alcaldía del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha; al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil.*

*Artículo 3. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación".*

En el Decreto 1718 del 7 de septiembre de 2018 se estableció:

*"Artículo 1. Cesación de efectos. Dando cumplimiento a la Sentencia de Tutela emitida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 31 de julio de 2018, con número único de radicación 44001 23-40-000-2018-00062-01, cesar los efectos del Decreto 1031 del 20 de junio de 2018, y en consecuencia, recobran vigencia los efectos jurídicos del Decreto No. 945 del 31 de mayo de 2018, por el cual se hizo efectiva la sanción de destitución al señor FABIO DAVID VELÁSQUEZ RIVADENEIRA, identificado con la cédula 84.079.281 en su condición de Alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, departamento de La Guajira, con inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de doce (12) años, en acatamiento de lo ordenado en los fallos del 15 de diciembre de 2017 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, confirmada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 24 de abril de 2018, dentro del proceso IUS-2016163152 IUC-D-2016-62-854823 Y 161-7174.*

*Artículo 2. Encargo. Encargar como alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, departamento de La Guajira, al señor Yondilver Maestre Fuentes, identificado con cédula de ciudadanía 84.078.278, quien actualmente se desempeña como Secretario de Planeación, Código 020, Grado 02 de la Alcaldía del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, mientras se obtiene la tema del Partido Cambio Radical que inscribió la candidatura del alcalde electo del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha y se designa alcalde por el procedimiento de terna.*

*Artículo 3. Comunicación. Por intermedio del Ministerio del Interior, comunicar el contenido del presente decreto al señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, alcalde electo; al señor Yondilver Maestre Fuentes, alcalde encargado; a la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación; a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y a la Alcaldía del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha.*

*Artículo 4. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su expedición y contra él no procede recurso alguno, conforme la dispone en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo".*

### C. Las sentencias de tutela en el caso del señor Fabio David Velásquez

En sentencia del 5 de junio de 2018 el Tribunal Administrativo de La Guajira, entre otros aspectos, consideró:

i) La acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio de protección para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, dado que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contenido en el artículo 138 del CPACA, no puede adelantarse en la forma pronta y expedita que se requiere para permitirle al actor controvertir efectivamente la legalidad de la sanción impuesta.

ii) Se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en la sentencia SU-712 de 2013, en materia de la causación del perjuicio irremediable.

iii) Luego de analizar el caso López vs. Venezuela, las apreciaciones jurídicas realizadas en esa oportunidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser tenidas en cuenta comoquiera que en ambos casos se configuró una restricción a los derechos políticos de mandatarios elegidos popularmente, quienes fueron limitados por una autoridad administrativa en el marco de un procedimiento que no se corresponde con las exigencias expresas y contundentes del artículo 23.2 de la Convención Americana.

En consecuencia dispuso:

*"**Primero: AMPARAR** los derechos políticos y fundamentales a la igualdad y debido proceso del señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, conforme a las motivaciones precedentes.*

***Segundo:** Como mecanismo transitorio y para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, **ordénese** la suspensión provisional de los fallos disciplinarios emitidos por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, adiados 15 de diciembre de 2017 y 24 de abril de 2018, respectivamente, por medio de los cuales el demandante, señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, en calidad de alcalde Distrital de Riohacha, fue sancionado con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de 12 años.*

***Tercero**: **Adviértase** que la medida cautelar surtirá efectos hasta que exista pronunciamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede ordinaria sobre la legalidad de los actos administrativos disciplinarios impugnados".*

La Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 31 de julio de 2018, al conocer de la impugnación presentada por la Procuraduría General de la Nación, efectuó el siguiente análisis:

*"(…) la Sala considera que los argumentos expuestos por el actor en la presente acción de tutela deben ser analizados al interior del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual puede hacer uso de las medidas cautelares, concretamente lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA, que prevé las medidas de urgencia, las cuales pueden adoptarse desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, escenario que le permite tal y como aquí lo solicita que se suspendan los efectos de las decisiones disciplinarios que le impusieron una sanción.*

*82. La Sala reitera que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo para lograr la protección de los derechos, en atención a que se trata de un mecanismo residual y subsidiario, es decir que solo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial idóneos y eficaces que permitan proteger los intereses de los afectados,*

*salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual, como ya quedó expuesto, primero debe ser objeto de análisis por parte del juez ordinario a través de las medidas cautelares.*

*83. Así las cosas, se revocará la sentencia que decretó el amparo constitucional como mecanismo transitorio y en su lugar se declarará la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el accionante.*

***En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,***

**III. RESUELVE:**

*PRIMERO:* ***REVOCAR,*** *la sentencia de tutela proferida el 5 de junio de 2018 por el Tribunal Administrativo de La Guajira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO:* ***DECLARAR IMPROCEDENTE*** *la solicitud de amparo constitucional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia".*

## D. Caso concreto

La Sala reitera la tesis vertida en el Concepto 2037 de 2010: si en sede de tutela se revoca la sentencia de primera instancia que había ordenado suspender los efectos jurídicos de los fallos de la Procuraduría, recobra sus efectos la sanción disciplinaria de destitución hecha efectiva por el Gobierno nacional mediante decreto.

Vistas las particularidades del caso se encuentra que el Consejo de Estado revocó la sentencia de tutela del Tribunal Administrativo de La Guajira que había suspendido las decisiones de la Procuraduría que impusieron al señor Velásquez las sanciones de destitución e inhabilidad *"hasta que exista pronunciamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede ordinaria sobre la legalidad de los actos administrativos disciplinarios impugnados".*

Si bien el fallo del Consejo de Estado no dice nada particular sobre sus efectos temporales, lo cierto es que revocó la sentencia de tutela proferida el 5 de junio de 2018 por el Tribunal Administrativo de La Guajira, lo que de suyo implica que las cosas se retrotraen a su estado anterior, es decir que la suspensión de las decisiones disciplinarias desapareció del mundo jurídico y tales decisiones se mantienen incólumes como si nada posterior a ellas, que las afectara, hubiera ocurrido.

En tal virtud se concluye que la falta absoluta originada en la destitución[658] ocurrió cuando comenzó a regir el Decreto 945 de 2018, es decir el 31 de mayo de esta anualidad, fecha de su publicación en el *Diario Oficial* número 50610.

## III. La Sala responde:

*¿A partir de qué fecha se considera ocurrida la falta absoluta del señor Fabio David Velásquez Rivadeneira, como Alcalde del Distrito Especial Turístico y Cultural de Riohacha, para efectos de definir si hay lugar o no a la convocatoria a elecciones?*

Para efectos de definir si hay o no lugar a elección de Alcalde de Riohacha debe tenerse en cuenta que la falta absoluta, originada en la destitución de quien fue elegido originalmente, ocurrió cuando entró a regir el Decreto 945 de 2018, es decir el 31 de mayo de esta anualidad, fecha de su publicación en el *Diario Oficial*.

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 de la Sala. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Reyes, Secretaria de la Sala.

658 De acuerdo con lo establecido en el artículo 98 literal f) de la Ley 136 de 1994, aplicable a los alcaldes de distrito por remisión del artículo 2 de la Ley 1617 de 2013, la destitución constituye falta absoluta.

IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia