

# La función consultiva en el Consejo de Estado Colombiano: análisis en perspectiva constitucional (1991-2024)





# La función consultiva en el Consejo de Estado Colombiano: análisis en perspectiva constitucional (1991-2024)

---

# © Consejo de Estado

<https://www.consejodeestado.gov.co/>

©2024 Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

Fundación Konrad Adenauer

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

[iusla@kas.de](mailto:iusla@kas.de)

[www.kas.de/iusla](http://www.kas.de/iusla)

Twitter: KASiusLA

Facebook: /kasiusla

## **CONSEJO DE ESTADO**

Milton Chaves García, Magistrado del Consejo de Estado, presidente

Luis Alberto Álvares Parra, Magistrado del Consejo de Estado, vicepresidente

Ana María Charry Gaitán, Magistrada del Consejo de Estado, actual presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil

## **AUTORA Y COORDINADORA GENERAL DEL PROYECTO**

Ana María Charry Gaitán, Magistrada del Consejo de Estado, actual presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil

## **COAUTORES Y EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO**

María Claudia Quimbayo Duarte

Lucía Estela García Delgado

Alejandra Reyes Vanegas

Melissa Moncayo Córdoba

Cynthia Flórez Santander

Mario Martínez Alférez

## **AUXILIARES DE INVESTIGACIÓN**

Jonathan Andrés Pabón Eguis

Juan Sebastián Galvis Rodríguez

## **PROGRAMA ESTADO DE DERECHO PARA LATINOAMÉRICA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER**

Hartmut Rank, Director

Felipe Franco, Coordinador de Proyectos

Pilar Cuartas, Asistente de Proyectos

Diseño de cubierta: Paulo Cañon - Laura Gutiérrez

Producción editorial: .PuntoAparte

Corrección de estilo: Leonardo Realpe

Diagramación: Laura Gutiérrez - Ángela Ramirez

ISBN: 978-628-7708-14-3

Fecha: 26 de noviembre del 2024

Obra de distribución gratuita. El presente texto se puede reproducir, fotocopiar o replicar, total o parcialmente, citando la fuente.

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

# Contenido / Índice

Prólogo (04)

Presentación (06)

Introducción (08)

## Parte Estructural I

*Perspectiva teórica, analítica y conceptual* ..... (14)

1. Antecedentes históricos de la evolución de la función consultiva .. (13)

2. La función consultiva en la arquitectura de la Constitución de 1991 (34)

3. Constitucionalización de la función consultiva: la Sala de Consulta y Servicio Civil como máximo órgano consultivo del Gobierno y la administración pública, que aplica y materializa la Constitución..... (49)

4. Constitucionalización de la función consultiva: la Sala de Consulta y Servicio Civil como máximo agente del Gobierno y la administración pública que interpreta, desarrolla y promueve el cumplimiento de la Constitución (71)

5. Desarrollo de la parte orgánica de la Constitución.....(86)

6. Naturaleza de la función consultiva en la arquitectura de la Constitución de 1991.....(91)

7. Consenso como ideal regulativo o normativo. El disenso como expresión del principio democrático en el ejercicio de la función consultiva....(104)

8. La autonomía e independencia en el ejercicio de la función consultiva como elemento fundamental del auctoritas.....(112)

9. Importancia de la función consultiva para el Gobierno y la administración pública en Colombia.....(115)

10. Importancia de Sala de Consulta y Servicio Civil en el desarrollo de la actividad legislativa.....(123)

- 11. La Sala de Consulta y Servicio Civil como el mayor tanque de pensamiento del país..... (130)
- 12. Relación de la Sala de Consulta y Servicio Civil con la Corte Constitucional y la Sala Contenciosa del Consejo de Estado..... (132)
- 13. Importancia de la función consultiva en el contexto de la globalización... (137)

## **Parte Estructural II**

### *Análisis constitucional-casuístico de conceptos* ..... (150)

- 1. Conceptos de la Sala De Consulta y Servicio Civil sobre contratos y convenios interadministrativos ..... (151)
- 2. Conceptos de la sala sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales (164)
- 3. Conceptos de la sala de consulta y servicio civil en materia de lucha contra la corrupción.....(170)
- 4. Inhabilidades e incompatibilidades, participación ciudadana, descentralización administrativa, función consultiva para precaver litigios.....(173)
- 5. Acuerdo de paz, derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, asuntos electorales, asuntos disciplinarios, consulta previa, régimen contractual aplicable a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD).....(186)
- 6. Servicios públicos.....(199)
- 7. Derecho laboral y medio ambiente.....(207)
- 8. Recursos públicos, regalías, expropiación; comunidades negras; marco regulatorio de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.....(213)

## **Parte Estructural III**

*Descripción de conceptos relevantes - anexo* ..... (218)

- 1. Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre contratos y convenios interadministrativos** ..... (219)
- 2. Conceptos de la sala sobre la aplicación de la Ley de garantías electorales** ..... (242)
- 3. Principales conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia de lucha contra la corrupción.....** (250)
- 4. Principales conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia control de convencionalidad** ..... (262)
- 5. Inhabilidades e incompatibilidades.....**(270)
- 6. Mecanismos de participación ciudadana.....**(285)
- 7. Creación o autorización de entidades administrativas descentralizadas por servicios.....** (297)
- 8. Alcance de la función consultiva para precaver litigios.....**(308)
- 9. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.....** (319)
- 10. Niños, niñas y adolescentes.....**(323)
- 11. Asuntos electorales.....**(326)
- 12. Asuntos disciplinarios.....**(329)
- 13. Espacio nacional de consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance.....**(331)
- 14. Régimen contractual de la unidad de búsqueda de personas desaparecidas.....**(335)
- 15. Recursos públicos, regalías, expropiaciones.....**(378)
- 16. Comunidades negras.....**(393)
- 17. Marco Regulatorio de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial** (405)

**Conclusiones generales** (416)

**Conclusiones particulares** (418)

**Bibliografía** (426)

# Prólogo

Aplaudo la iniciativa de la doctora ANA MARÍA CHARRY GAITÁN de guiar, con verdadero dominio, la ejecución de este libro, para definir las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, desde una visión dogmática constitucional.

Esta obra presenta un análisis pormenorizado sobre el ejercicio de la función consultiva en Colombia desde una perspectiva constitucional, para mostrar a la comunidad jurídica y, en general, a los usuarios interesados en sus decisiones, los temas más recurrentes con influencia constitucional.

El mérito de la publicación está dado, no solo porque la temática resulta completamente acertada, sino por el resultado de la investigación, con enfoque analítico, de la selección significativa de pronunciamientos emitidos por la Sala durante más de 3 décadas, en donde se evidencia la referencia directa que, en estos, se hace a la Constitución Política o a la doctrina constitucional, y, de cualquier modo, el vínculo constitucional en la resolución de los asuntos a su cargo, ya sea en la *ratio decidendi* o en el *obiter dicta*.

Este estudio minucioso, que incluye una visión panorámica desde la perspectiva histórica y conceptual, hasta el análisis casuístico de conceptos sobre los asuntos de consulta frecuente, resulta novedoso para entender que la Sala ejerce un modelo de función consultiva constitucionalizada, en la medida en que concreta los principios, valores y derechos que emanan de la Constitución Política de 1991 que son, entre otros, el principio de separación de poderes, la efectividad de los derechos fundamentales, la promoción de la buena administración pública, la prevalencia del interés general y los principios que informan la administración pública.

Inicialmente, se expone una perspectiva teórica de la función consultiva, con el fin de adentrar al lector en los antecedentes históricos y en la evolución constitucional en Colombia para, finalmente, culminar en el diseño de la Carta Política actual, evidenciando el rol de la Sala, mediante el ejercicio de la función como máximo órgano consultivo del Gobierno Nacional, en la asesoría y orientación que brinda a la administración frente a las dudas que surgen en el curso de sus actividades.

Al reseñar esta visión, le permite dar apertura a nuevos márgenes de sus competencias. De allí que resulta apropiada la propuesta de ampliar, a futuro, su carácter consultivo a toda la administración pública en general, para brindar un mayor nivel de asesoría no solo al Gobierno Nacional, así como de revisar a prevención iniciativas legislativas y ser consultada sobre temas que impacten los derechos fundamentales y/o los ejes estructurales de la Constitución Política.

Además, es certera la importancia que muestra de su función en el contexto de la globalización, debido a que ha trascendido del entorno local hacia el global, entendiéndose que los temas y las preocupaciones de la agenda mundial, como la recuperación económica post pandemia, la geopolítica, la salud, el medioambiente y la inteligencia artificial impactan en la resolución de los asuntos internos y conducen al fortalecimiento de proyectos de colaboración con otros actores, para establecer una relación cercana con la ciencia, la tecnología y la información, y contrarrestar los retos que plantea el mundo globalizado.

Del mismo modo, es pertinente el alcance que propone a la función de resolver conflictos de competencia. A pesar de que no se entiende originalmente como parte de la función consultiva, la Sala aclara que, en sentido amplio, se comprende como cercana a esa labor, toda vez que implica delimitar el cumplimiento de la función administrativa en caso de duda o interpretación errónea de los marcos de competencia de las autoridades administrativas que suscitan el conflicto.

Seguidamente, en la segunda parte de la obra, realiza un análisis constitucional y casuístico de los conceptos para, luego de un estudio pormenorizado, exponer los temas que con más frecuencia se consultan, dentro de los cuales sobresalen los relacionados con la contratación pública, aplicación de la Ley de Garantías Electorales, lucha contra la corrupción, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, Acuerdo de Paz, servicios públicos, derecho laboral y medioambiente, y recursos públicos, regalías y expropiación.

Finalmente, en la tercera perspectiva estructural del estudio, efectúa una descripción detallada con fichas que permiten identificar de forma práctica los conceptos emitidos, en las que destaca el planteamiento de la consulta y la respuesta dada con enfoque constitucional, para una lectura sencilla de los argumentos en que se basa su decisión.

Este aporte doctrinal, irrumpe gratamente en el ámbito académico que, sin duda, ocupa un espacio valioso en la literatura que sobre sus funciones consultivas se ha desarrollado. Este trabajo, como primer ejercicio del observatorio en gestión pública, se constituye en la base para que, en lo sucesivo, se continúen explorando y exponiendo las atribuciones que constitucional y legalmente le atañen a todo el Consejo de Estado, para visibilizar y comprender mejor su funcionamiento de cara al cumplimiento de los fines esenciales del Estado colombiano.

# Presentación

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presenta con el más alto agrado esta obra realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Estamos convencidos de que constituye un valioso aporte a la expansión del conocimiento y estudio del derecho constitucional en Colombia, como pilar fundamental del establecimiento y mantenimiento del Estado de Derecho en el país.

El análisis que el lector encontrará en esta obra demuestra, nuevamente, que el derecho constitucional es materia viva que se ve representada por su interacción con otras ramas del estudio jurídico. Hablamos en esta oportunidad de la *constitucionalización del derecho administrativo*, presente en los conceptos expedidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tribunal superior de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los cuales se utiliza la Constitución Política de Colombia como fuente directa para resolver la consulta presentada a la Sala o como criterio de interpretación para adoptar la decisión concerniente.

El equipo de la Sala de Consulta y Servicio Civil ha hecho una revisión exhaustiva de diferentes conceptos emitidos desde la expedición de la Constitución de 1991, donde han estudiado temas encontrados en el texto constitucional, una fuente o criterio de interpretación. Con este análisis, podemos observar cómo el Consejo de Estado ha cambiado, de manera significativa, paradigmas tradicionales basados en la lectura constitucional, que luego se han incorporado a los criterios jurisprudenciales para el ejercicio de la jurisdicción administrativa en Colombia. El recorrido histórico que se esboza en este texto da cuenta de una progresión amplia y diversa de la interpretación jurídico-formalista en Colombia, en donde la Sala de Consulta y Servicio Civil ha presentado posiciones de distinta naturaleza, incluso yendo fuera de estamentos formalistas o de su mismo precedente, sin dejar de destacar la manera como una debida ponderación entre los postulados constitucionales y los principios del derecho administrativo es necesaria para la debida administración de justicia.

No cabe duda de que los contenidos de esta obra representan una invaluable muestra de la evolución del derecho constitucional y del derecho administrativo colombiano en su conjunto, sobre los cuales la labor jurisprudencial del Consejo de Estado permanece crucial para mantener dicho desarrollo.

Esperamos que la presente obra contribuya a este objetivo, pero del mismo modo conmemore la jurisdicción contencioso-administrativa de Colombia, como medio de control de la administración pública, pero también como garante de los derechos de todas y todos los colombianos.

**Hartmut Rank**

Director del *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica* de la Fundación Konrad Adenauer

**Felipe Franco**

Coordinador de Proyectos del *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica* de la Fundación Konrad Adenauer



# Introducción

La función consultiva es una de las instituciones jurídicas más antiguas del ordenamiento jurídico colombiano. Ha estado presente desde los orígenes de la era republicana hasta nuestros días y se ha caracterizado por tener siempre estatus constitucional, y por ofrecer asesoría al Gobierno, desde la legitimidad del conocimiento técnico jurídico.

Esta función ha sido objeto de análisis descriptivos sobre todo desde 3 perspectivas: (i) histórica, que ha pretendido establecer sus orígenes e influencias; (ii) dogmática, cuyo objetivo es el de determinar el alcance y caracterización de la función consultiva a partir del diseño institucional; y (iii) práctica, que se ha preocupado por analizar y exponer algunos de sus conceptos más relevantes en distintos periodos de tiempo.

No obstante, se echa de menos un estudio de la función consultiva en Colombia —con un enfoque analítico y una visión omnicomprensiva que la defina— que dé cuenta de su relevancia en el ordenamiento jurídico y que permita dimensionar su impacto en el desarrollo y aplicación de la Constitución como derecho viviente.

A partir de la identificación significativa, mas no exhaustiva, del estado del arte respecto de los estudios de la función consultiva, esta investigación se propone dar un paso adelante para exponer una visión dogmática constitucional, que hasta ahora no ha sido debidamente explorada ni analizada, al menos en la literatura jurídica colombiana.

Con esta intención, y partiendo del contexto de la constitucionalización del derecho administrativo, o de la administración constitucional, como efecto del cambio de paradigma que se materializó con la Constitución de 1991 y que supuso el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, este estudio propone 4 tesis:



**La primera, de acuerdo con la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil, materializa y aplica de forma concreta y tangible la Constitución.**



**La segunda tesis está orientada a señalar que, en el ámbito de la función consultiva, este fenómeno de la constitucionalización va más allá de la consagración formal del órgano consultivo en la Carta, pues hace parte esencial e irremplazable de la arquitectura constitucional.**



**La tercera tesis plantea que si bien los conceptos de la Sala no tienen carácter obligatorio si son de carácter vinculante el cual se conceptualiza desde la teoría de la argumentación y el concepto de “auctoritas”.**



**La cuarta tesis se refiere al gran impacto de las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil en las entidades del Gobierno Nacional y la administración pública que la consultan.**

Para desarrollar estas hipótesis, este trabajo plantea 3 partes estructurales. La primera, que se circunscribe a la perspectiva teórica, analítica y conceptual. La segunda, concerniente al análisis constitucional-casuístico de conceptos sobre los temas más recurrentes. Finalmente, la tercera parte estructural introduce un anexo integrado por la descripción de los conceptos más relevantes de los temas recurrentes expuestos en la parte estructural anterior.

Ahora bien, desde el punto de vista metodológico, se debe precisar que el universo de estudio se constituye en más de 2000 conceptos emitidos por la Sala, desde la expedición de la Constitución de 1991. Es decir que el lapso establecido para el análisis es superior a 3 décadas.

Se analizó la totalidad de pronunciamientos seleccionados y se encontró que 524 citaban o referían de forma directa la Constitución o la doctrina constitucional. De estos, 444 conceptos tenían alguna influencia constitucional, como *obiter dicta* en 89, y en la ratio de la respuesta en 355. Estos conceptos se tematizaron y se priorizaron para el estudio aquellos más recurrentes, que contaban con más de 10 conceptos, que se exponen de forma detallada en la parte estructural II, y finalmente se presentan en la parte estructural 3 las fichas descriptivas de los conceptos más representativos de estas temáticas.

Posteriormente, se incorporaron al análisis 66 conflictos de competencia, en los que se garantizan derechos fundamentales para dar cuenta, de forma ilustrativa, de los casos más frecuentes que conoce la Sala de Consulta.

Este esfuerzo académico e investigativo se consolida como un primer ejercicio del observatorio en gestión pública, que desde este despacho se propone para potencializar el gran aporte que la Sala de Consulta y Servicio Civil, que se debe constituir como tanque de pensamiento del país, para optimizar el ejercicio de la función administrativa al servicio de la ciudadanía.

El texto que aquí se presenta es una invitación a conocer el trabajo que se desarrolla en la Sala de Consulta que, más allá de servir al Gobierno Nacional a resolver temas de impacto en distintas áreas jurídicas, puede constituirse como referente a la comunidad jurídica nacional en sus distintos ámbitos, para acceder a los constantes desarrollos del Derecho desde una perspectiva donde se articulan no solo visiones dogmáticas sino también prácticas, a partir de los distintos debates que se generan en la actividad de la administración pública.

En este sentido, es un gran instrumento para quienes tienen interés en profundizar sus conocimientos en temas jurídicos de actualidad, a partir del trabajo más destacado de la Sala de Consulta y Servicio Civil desde la expedición de la Constitución de 1991 y que, sin duda, puede aportar en el planteamiento de nuevos problemas y líneas de investigación que sirvan de insumo para el desarrollo constante de la disciplina jurídica.



# PARTE ESTRUCTURAL

*Perspectiva teórica,  
analítica y conceptual*

# I



## 1.

# Antecedentes históricos de la evolución de la función consultiva

En Colombia, la figura del Consejo de Estado, como máximo órgano consultivo del Gobierno Nacional, tiene su origen al inicio de la era republicana, pues su creación fue obra del libertador, Simón Bolívar.

Sobre el origen general de la institución consultiva, ha habido un consenso entre la doctrina nacional e internacional sobre el carácter romano de los primeros órganos o instituciones, que se entienden como antecesores en el ejercicio de la función consultiva. Sin embargo, no existe la misma claridad entre los entendidos a la hora de establecer la etapa de la civilización romana en que se adoptó esta importante institución republicana o imperial.

En nuestro contexto, los antecedentes directos de este órgano en el modelo de función consultiva tampoco es claro, pues, mientras autores como Libardo Rodríguez<sup>1</sup> y Rafael Ballén<sup>2</sup> afirman que sus orígenes se remontan a la figura adoptada por la Francia napoleónica, lo cierto es que hay autores como Santofimio<sup>3</sup> y Ruiz que los ubican en las últimas legislaciones expedidas por la Corona en la América reconquistada.

## 1.1. Antecedentes históricos

La función consultiva atribuida al Consejo de Estado<sup>4</sup> y ejercida por la Sala de Consulta y Servicio Civil ha trasegado un largo camino a través de la historia colombiana. Ha resistido los embates de las revoluciones, los cambios de régimen y las transformaciones de los paradigmas sociales, políticos y jurídicos. Su consolidación y mantenimiento hoy en día pone de presente una constante evolución de dicha función, con énfasis en el derecho viviente y su relevancia para el ejercicio de una administración pública racional, eficiente y transparente, orientada por los principios establecidos en la Constitución de 1991.

1.

Rodríguez, L. R. (2001). *Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia*. Revista Universitas, 603-640.

2.

Ballén, R. (2006). *El Consejo de Estado francés en el antiguo régimen*. Diálogos de saberes, 13-32.

3.

Santofimio, J. (2017.). *Compendio de Derecho Administrativo*. Disponible en: <https://publicaciones.ueexternado.edu.co/gpd-compendio-de-derecho-administrativo-97895877287727951.html>

4.

Art. 237 de la Constitución Política de Colombia; art. 34 de la Ley 270/96

Sin embargo, la esencia de la función consultiva se ha definido desde tiempos remotos, a partir de la necesidad de establecer órganos encargados de prestar servicios de consulta técnica, científica y militar a las autoridades públicas, con el fin de guiar y moderar el ejercicio de la función administrativa. Los primeros antecedentes son antiquísimos y se remontan a los inicios de la civilización romana; su consolidación institucional, al absolutismo monárquico moderno; y su última gran transformación, producto de las revoluciones liberales y republicanas, como veremos más adelante.

### 1.1.1 Antecedentes romanos

Se mencionó que existe un acuerdo pacífico entre doctrinantes e historiadores del Derecho a la hora de determinar el origen romano de la función consultiva dentro del ejercicio de la administración pública. Pero no respecto de la etapa de la civilización romana en que se dieron los primeros desarrollos de esta función jurídica, y sobre qué organismos recaía tal responsabilidad.

Así, autores como el catedrático español Ruiz Miguel<sup>5</sup> afirman que esta figura tiene su origen en la distinción conceptual republicana entre *Auctoritas*, *Imperium* y *Potestas*, que era desconocida para los griegos, pero que resultó ser de trascendental importancia para los romanos en el desarrollo del derecho privado y público. Esta distinción conceptual permitía diferenciar los órganos encargados de ejercer el pleno poder de mandar, a través de instrumentos y facultades coactivas (*Imperium*), de los encargados de ejercer el poder de mandar particularizado, es decir, relativo a una magistratura o región determinada (*Potestas*), y de los encargados de ejercer el poder derivado del saber y la tradición, que sin gozar de facultades coercitivas, contaban con una autoridad legitimada en virtud del conocimiento científico (*Auctoritas*). Así,

**En la época clásica de la república, la potestas de los “Magistratus” provenía de la “Maiestas” o del “imperium del Populus”, y se expresaba mediante la lex que era un dictado del magistrado. Por su parte, el órgano de autoridad era el “Senatus” que, basado en la “Auctoritas patrum” se expresaba en los “Senatus consulta”<sup>6</sup>.**

De esta forma, la función de *potestas* en Roma era la de gobierno, la cual debía ser asumida por los magistrados, ediles o pretores, mientras que la función de *auctoritas*, que era la de la ciencia y el consejo, debía ser asumida por una persona o un grupo de personas que tuvieran el conocimiento y la capacidad de identificar las bondades y deficiencias de una u otra posición, respecto de alguna decisión que quisiera o debiera tomar la administración pública, que en Roma estaba en cabeza del Senado.

5.

Miguel, C. R. (1995). El Consejo de Estado y los Consejos Consultivos Autonómicos. Madrid: DYKINSON, S.L.

6.

Ibidem.

Por su parte, autores como el exconsejero de Estado colombiano Libardo Rodríguez<sup>7</sup> y el catedrático universitario Rafael Ballén<sup>8</sup> coinciden en afirmar que el origen de la función consultiva se encuentra en la etapa imperial romana<sup>9</sup>, en la que a través de figuras especializadas como el *concilium principis* o el *conistorium principis* se establecieron órganos consultivos sin autoridad vinculante, encargados de dar consejos técnicos al emperador o príncipe romano, en asuntos de especial interés económico, militar o político, con el fin de guiar y moderar las decisiones de la administración con prudencia y eficiencia. En palabras de Libardo Rodríguez:

**El concilium principis, creado por Octaviano Augusto, era un consejo de asesores del Príncipe o Emperador que le recomendaba las decisiones que por su investidura de autoridad unipersonal le correspondía tomar; posteriormente, el Emperador Diocleciano lo transformó en conistorium principis aumentando su importancia de órgano consultivo del soberano<sup>10</sup>.**

Debido a que las 2 posiciones descritas anteriormente no son contradictorias y, por lo tanto, no deben tomarse como disyuntivas, sino como parte del proceso de formación y evolución normativa de la función, que no es casual sino que está sujeto a los condicionamientos científicos, teóricos y conceptuales de cada época, se puede concluir con algo de certeza que las primeras manifestaciones del ejercicio de funciones consultivas en el desarrollo de la administración pública datan de la civilización romana, siendo el Senado en épocas de la República, el encargado de hacer las veces de *auctoritas*, y los magistrados, ediles, pretores y demás integrantes del Gobierno las veces de *potestas*. Sin embargo, no sería sino hasta la llegada del primer emperador romano, Octaviano Augusto, que se crearía un órgano consultivo especializado y colegiado, compuesto por peritos jurídicos y encargados de guiar las decisiones de la administración, con recomendaciones de carácter técnico y no obligatorio.

7. Rodríguez, L. (2001). *Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia*. Revista Universitas, 603-640.

8. Ballén, R. (2006). El Consejo de Estado francés en el antiguo régimen. Diálogos de saberes, 13-32.

9. Es importante anotar que, aunque Rafael Ballén afirma que el origen de los órganos consultivos tiene sus raíces en la época imperial romana, este autor también acepta que los primeros ejercicios consultivos en la administración pública son paralelos al desarrollo del estatus civitas, "en tiempos de la República, el Senado era el organismo que dirigía todos los asuntos del status civitas. En consecuencia, los cónsules, pretores, ediles y otros magistrados no se atrevían a dar un paso de importancia sin obtener primero el consejo y beneplácito de los senadores".

10. Ob. Cit. Rodríguez 2001.

### 1.1.2. Antecedentes franceses

La mayor parte de los doctrinantes nacionales coinciden en afirmar que el antecedente directo del Consejo de Estado, como máximo órgano consultivo del Gobierno Nacional en nuestro medio, se remonta al modelo francés napoleónico, que habría de inspirar al libertador Simón Bolívar para la conformación de nuestro primer órgano consultivo en 1817<sup>11</sup>.

Según Alexander de Tocqueville<sup>12</sup>, la centralización administrativa francesa es un referente muy importante para entender la función consultiva, la cual constituye el germen para el establecimiento del Consejo de Estado de 1799, y de la que debe decirse que no es una figura de origen revolucionario, pues sus raíces provienen del antiguo régimen. Fue de hecho, la única institución con la capacidad para acomodarse dentro del nuevo orden social que creó la Revolución.

El poder que tenían los consejeros o jueces de aplicar los mandatos legales provenientes del rey servía para labrar y consolidar la sensación de seguridad jurídica de los súbditos frente al soberano, como quiera que sobre estos no solo recae la función de positivizar y aplicar lo dictado por el monarca, sino que sus facultades servían incluso como sistema de frenos y contrapesos ante el exceso en el ejercicio del poder por parte de monarcas y señores feudales<sup>13</sup>.

En cuanto al funcionamiento y estructura de esta primigenia función consultiva, hay que decir que cada monarca la estructuraba según sus necesidades, pero es de gran relevancia la evolución que experimentó con la creación del Consejo del Rey durante el reinado de Luis XIII. Dicho monarca, en virtud del reglamento de mayo de 1615, lo dividió en 4 secciones o consejos: el *Conseil des affaires*, para asuntos internos e internacionales; la Sección de Estado, con funciones consultivas, voluntarias y obligatorias; la Sección de Finanzas; y, finalmente, el Consejo Privado, con carácter técnico y consultivo, el cual tenía la función de asesorar al príncipe en materia de “administración y Gobierno”.

En la reglamentación expedida el 26 de junio de 1727, se dividió este Consejo del Rey en secciones y comisiones, decisión que resultó muy fructífera en cuanto se tecnificó el conocimiento de los negocios, de los cuales se ocupaba inicialmente la respectiva sección, que posteriormente debían avocar las comisiones o las asambleas plenas del Consejo<sup>14</sup>.

Con la llegada de la Revolución en 1789 y la consecuente decapitación del rey Luis XVI, el Consejo del Rey terminó por suprimirse, pues, desde la cosmovisión de los liberales idealistas que impulsaron el proceso de reorganización estatal en Francia, este órgano era un representante de la administración pública del antiguo régimen, basada en privilegios nobiliarios y en concentración de poderes.

11. Medina, C. N. & Torres, J. T. (2021). *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Ibáñez.

12. Tocqueville, A. d. (1996). *El antiguo régimen y la revolución*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

13. Ob. Cit. Rodríguez (2001).

14. Ob. Cit. Ballén (2006).

Sin embargo, el tiempo y los problemas generados ante la ausencia de un organismo que tuviera la capacidad de dar consejo técnico al Poder Ejecutivo, con respecto de las decisiones que debía tomar o no la administración pública, llevaron a Napoleón Bonaparte a crear el Consejo de Estado, consagrado en la Constitución Política de Francia del año VIII (1799), retomando características del Consejo del Rey y atribuyéndole, bajo la lógica de la justicia retenida, competencias del ámbito legislativo y del administrativo. En materia legislativa, le correspondía preparar los proyectos de ley, y en la administrativa, servía como asesor de la administración<sup>15</sup>.

### 1.1.3. Antecedentes españoles

El origen del modelo en el que el Consejo de Estado es el órgano ejecutor de la función consultiva ha sido objeto de discusión por parte de diversos autores nacionales e internacionales. La posición dominante se ha decantado por la tesis según la cual el Consejo de Estado, como órgano consultivo del aparato administrativo, tiene su referente más inmediato en el derecho napoleónico francés. No obstante, hay una corriente doctrinal que traslada esa influencia al modelo español.

Como es bien sabido, Colombia hizo parte de las colonias españolas, lo que trajo como consecuencia que instituciones jurídicas y políticas del país ibérico se trasladaran al territorio americano. En esta línea de pensamiento, el teórico más destacado ha sido Jaime Santofimio, quien introduce el análisis del origen del Consejo de Estado desde una perspectiva funcionalista, de manera que, si bien acepta parcialmente que el Consejo de Estado como órgano jurisdiccional deriva sus antecedentes históricos del derecho francés, no ocurre lo mismo con la función consultiva, habida cuenta que esta había sido primera en el tiempo y debió su origen nacional a figuras jurídicas trasplantadas de España.

Como punto de partida, toma el derecho indiano. Esto debido a que antes de la independencia de Colombia, era dicho compendio normativo el que regulaba todo tipo de relaciones jurídicas entre los naturales y la administración real. En efecto, esta institución, en versión de Santofimio<sup>16</sup>, contaba con elementos funcionales propios, similares a instituciones que hoy día se mantienen en nuestro ordenamiento jurídico, como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Colombiano. Dichos elementos funcionales denotaban en su momento características de orden consultivo, en particular: (i) carácter colegiado; (ii) compuesto por personas idóneas en temas jurídicos; (iii) emisión de conceptos jurídicos sobre temas específicos, los cuales no tenían efectos vinculantes sobre el soberano.

En este sentido, el derecho indiano traía consigo la institución del Consejo Real, que, según Lara<sup>17</sup>, era un cuerpo que tenía potestad de colaborar en la elaboración de las leyes, e incluía el procedimiento propio para cumplir con la función consultiva delegada por el monarca, que se sintetizaba en el estudio, la elaboración y la posterior comunicación de sus conceptos al soberano.

15.

Medina, C. N. & Torres, J. T. (2021). *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Ibáñez.

16.

Santofimio, J. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Disponible en <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-compendio-de-derecho-administrativo-978958772-8772-7951.html>

17.

Lara, N. A. (2000). *Instituciones de derecho indiano en la Nueva España*. Uqroo.

## 1.2. Evolución en Colombia

### 1.2.1. Siglo XIX. El primer Consejo de Estado, una historia de interrupciones

La gran inestabilidad política el siglo XIX afectó la continuidad del Consejo de Estado. Fue así como se suprimió como órgano en 1858, y solo hasta 1886 se volvió a consagrar en el texto constitucional.

La función consultiva ha sido también objeto de modificaciones, como quiera que dentro de cada Constitución se le agregan y/o se le eliminan atribuciones, haciéndola variable en el tiempo, como a continuación se explica.

El primer rastro que se tiene de esta institución en la normatividad colombiana es el Decreto de Angostura, del 30 de octubre de 1817. En él se consagra que se creó con el propósito de lograr que:

**Las leyes, reglamentos e instituciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las Provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una Asamblea, que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezcan la confianza pública<sup>18</sup>.**

Lo anterior como medida para contrarrestar las dificultades derivadas de unas circunstancias políticas convulsionadas, que según se expresa en la propia exposición de motivos del Decreto del 30 de octubre de 1817, “hacían imposible establecer por ahora un buen Gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal”<sup>19</sup>, a lo que Bolívar dirigiría todos sus esfuerzos. De esta forma, la creación del Consejo de Estado le permitiría continuar con la campaña libertadora y al mismo tiempo asegurar que las decisiones de Gobierno respondieran de forma eficiente a las demandas sociales, no obstante, la ausencia parcial del jefe supremo de la República.

De lo antes descrito se observa que el órgano creado para el ejercicio de la función consultiva responde a una doble necesidad: (i) otorgar legitimidad académica, militar y política a las decisiones tomadas por el jefe de Estado, para generar confianza en la sociedad; y (ii) asegurar decisiones de Gobierno que sean convenientes al bien público.

En este decreto, se determinó la estructura del Consejo de Estado en 3 secciones: (i) Estado y hacienda, (ii) marina y guerra, (iii) interior y justicia. El artículo 8 de esta norma detalla los temas de conocimiento de cada una de las secciones: la primera sección decidía sobre temas relacionados con política exterior, negocios del Estado, policía, cartera fiscal y otros,

18.

Decreto de creación del Consejo de Estado. Exposición de motivos.

19.

Ibidem.

mientras que en la sección segunda se abordaban las tareas relacionadas con asuntos de carácter militar. Por otro lado, en la sección tercera se discutían casos que versaban sobre la administración civil y de justicia, entre otros, lo relativo al fomento interior, comercio, agricultura, industria, instrucción pública, establecimiento de beneficencia, caminos, puentes y calzadas, etc.

Como se observa, la definición y distribución de asuntos sobre los cuales conocía el Consejo de Estado pone de presente una preocupación por temas que se ubican en el ámbito de lo que se identifica como la parte orgánica de la Constitución, tales como el diseño institucional, la soberanía y seguridad nacional. Esto se explica por la necesidad de dar estabilidad política y administrativa a la gestión estatal, a partir de la toma de decisiones informadas que permitieran fortalecer el Estado, el Gobierno y el territorio.

La función consultiva ejercida por el Consejo de Estado jugaría un papel muy importante, pues entraba a ofrecer una visión reposada sobre temas que no podían ser analizados con el máximo detalle y cuidado, en razón a la concentración del jefe supremo de la República en la campaña libertadora.

En este decreto no se definen expresamente las facultades a partir de las cuales se ejerce la función consultiva, pero se entiende que tiene una función que se orienta a fortalecer la facultad reglamentaria, lo anterior si se considera que el artículo 5 señala que: “Todo individuo de una sección puede proponer en ella cuantos planes, reglamentos, providencias, etc., le parezcan convenientes al bien público en el ramo de sus atribuciones”, y el artículo 10: “Si convocado el Consejo de Estado, o 1 o 2 secciones, se conformare el Jefe Supremo con su dictamen, el decreto que recaiga sobre él lo expresará por esta fórmula: ‘Oído el Consejo de Estado u oída la sección N o las secciones N, N, del Consejo de Estado’”.

De lo anterior, se evidencia que los dictámenes del Consejo de Estado no eran ni son de carácter obligatorio, en la medida en que podían ser acogidos a liberalidad del jefe de Gobierno, según su conveniencia. La función legitimadora, además, se hacía evidente, pues si se decidía tenerlos en cuenta, se hacía expresa esa decisión en la expedición del decreto correspondiente bajo la fórmula antes citada.

Esta situación hacía visible que el mandatario había recibido la asesoría del cuerpo consultivo, dotando de legitimidad el acto a partir de su fundamentación técnica. Eso generaba, y todavía lo hace, un efecto simbólico en doble vía: (i) demuestra la ecuanimidad del gobernante en la toma de decisiones objetivas y racionales; y (ii) le reconoce al órgano consultivo su importancia y valía como supremo asesor del Gobierno.

### **1.2.1.1. Constitución de Cúcuta de 1821**

Pocos años después del Decreto de Angostura, en 1821, se expidió la Constitución de Cúcuta, a la que se la ha atribuido gran importancia en nuestra historia constitucional, por ser el referente primigenio de algunos principios y diseños constitucionales que se convirtieron en constantes y que se mantienen aún hoy en día, en la Constitución de 1991.

De acuerdo con Rodrigo Uprimny<sup>20</sup>, estas constantes constitucionales surgidas a partir de la Constitución de Cúcuta pueden ser al menos las siguientes: (i) el Estado de Derecho o la idea del sometimiento de los gobernantes a la ley; (ii) el principio republicano y democrático conforme al cual el poder se basa en el consentimiento de los gobernados; (iii) la alternancia con elecciones periódicas; (iv) el reconocimiento y la garantía de los derechos de las personas; (v) la separación de poderes; (vi) con especial protección de la independencia judicial; (vii) el bicameralismo; y (viii) el presidencialismo.

En línea con este autor, dentro de estas constantes constitucionales se puede identificar el ejercicio de la función consultiva, el cual se introduce a través de la figura del Consejo de Gobierno. Según lo prescrito en el artículo 134 de la Constitución de 1821, el Presidente debía oír el dictamen de ese Consejo, en todos los casos surgidos en el ejercicio de las siguientes funciones:



**Sanción de leyes que implican la objeción presidencial por falta en las fórmulas, o en lo sustancial (art. 46).**



**Declaratoria de guerra después que el Congreso la haya decretado (art. 119).**



**Celebración de tratados internacionales (art. 120).**



**Nombramiento de ministros, agentes diplomáticos, y los oficiales militares desde Coronel, inclusive, hacia arriba (art. 121).**



**Nombramiento de los demás empleados civiles y militares que no reserve a otra autoridad, la Constitución o la ley (art. 123).**



**Garantizar el correcto funcionamiento de la administración de justicia (art. 124).**

20.

1821, 1991 y 2021: constantes constitucionales, en <https://www.dejusticia.org/column/1821-1991-y-2021-constantes-constitucionales/>.



**Suspensión de empleados por incumplimiento de funciones o comisión de delitos mientras se surte el juicio (art. 125).**



**Expedir órdenes de arresto por razones de seguridad o protección del bien común, bajo la condición de entregar el capturado dentro de las 48 horas siguientes al juez competente (art. 126).**



**Conmutar penas capitales por razones humanitarias en acuerdo con los jueces (art. 127).**



**Dictar medidas extraordinarias en caso de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República, y en los de una invasión exterior repentina, con acompañamiento del Congreso (art. 128).**

Del dictamen obligatorio del Consejo de Gobierno en las funciones antes descritas, se podía entender que la función consultiva operaba, como una suerte de control constitucional *ex ante* al ejercicio del poder político y garante de principios y derechos constitucionales de gran relevancia en el sistema democrático. Lo anterior, por cuanto la emisión del dictamen del Consejo de Gobierno frente al ejercicio de estas funciones era obligatoria, aunque no así su acatamiento, tal como lo indica el inciso final del artículo 134 de la Constitución de 1821.

Al analizar las funciones presidenciales sobre las que el Consejo de Gobierno debía pronunciarse, se evidencia la relación que tiene su ejercicio, con principios constitucionales o una forma incipiente de ellos que, si bien es cierto no estaban consagrados expresamente en esa constitución estaban integrados como un límite implícito al poder político. Dentro de estos se pueden identificar: el equilibrio de poderes (arts. 46, 119, 124, 127, 128); interés general, moralidad administrativa, eficacia de la función administrativa (art. 125); y habeas corpus (art. 126).

En este sentido, el dictamen se constituía en uno de los medios para la materialización de estas garantías, como derecho en sí mismo y como control al Poder Ejecutivo, pues, el jefe de Estado tenía que considerar en todos los casos antes referidos, la posición del órgano consultivo. Una exigencia que sin duda alguna restringía el ámbito de discrecionalidad para la toma de decisiones, toda vez que, no obstante poder desligarse de la línea interpretativa o de acción que sugiriera la instancia consultiva, lo cierto es que esa decisión final podía tener un alto costo político y/o jurídico, al punto de deslegitimar a la autoridad, según sus resultados, lo que, desde luego, era un efecto indeseado para cualquier gobernante.

### 1.2.1.2. Decreto Orgánico de 1828

Este decreto fue expedido por Bolívar, después del fracaso de la Convención de Ocaña, que tenía como propósito la reforma de la Constitución de 1821. Bajo poderes extraordinarios que le fueron concedidos mediante esa norma, instauró su dictadura. Sin embargo, se hizo evidente su alejada intención de una dictadura militar plena, al incorporar ciertos dispositivos de control al poder supremo de la República, encarnado ahora en él.

Uno de esos dispositivos es el Consejo de Estado, que instauró como órgano asesor y consultivo del Gobierno en el ejercicio de la facultad reglamentaria, en temas de seguridad y soberanía nacional, así como de relaciones exteriores, y en materia electoral, para asesorar el nombramiento de funcionarios públicos, según lo señala el Decreto de 1828, en los siguientes términos:

#### Artículo 10.- Corresponde al Consejo de Estado:

1. **Preparar todos los decretos y reglamentos que haya de expedir el jefe del Estado, ya sea tomando la iniciativa, o a propuesta de los ministros respectivos, o en virtud de órdenes que se le comuniquen al efecto: un reglamento especial que se dará el Consejo, previa la aprobación del gobierno, fijará las reglas de proceder a su propia policía;**
2. **Dar su dictamen al gobierno en los casos de declaración de guerra, preliminares de paz, ratificación de tratados con otras naciones en los de los números 9, 10 y 11 del Artículo 2º, Título I de este Decreto, y en todos los demás arduos en que se le pida;**
3. **Informar sobre las personas de aptitud y mérito para las prefecturas y gobiernos de las provincias, para jueces de la alta corte, cortes de apelación y de los demás tribunales y juzgados; para los arzobispados, obispados, dignidades, canonjías, raciones y medias raciones de las iglesias metropolitanas y catedrales, y para jefes de las oficinas superiores y principales de hacienda.**

Respecto a su conformación, se destaca que contaba con la participación del Presidente del Consejo de Ministros, de los ministros secretarios de Estado y al menos de un consejero por cada uno de los actuales departamentos de la República, lo que da un amplio margen de participación con representantes de todo el territorio nacional (art. 8).

En esta coyuntura política, la función consultiva del Consejo de Estado sobresalió como una instancia de contención o moderación del poder político y a su vez de legitimación, pues contribuyó a atenuar el carácter autoritario del Gobierno.

### 1.2.1.3. Constitución de 1830

Fue la segunda Constitución de la Gran Colombia, de muy corta duración (2 años), por los diferentes proyectos separatistas emergentes de origen venezolano y ecuatoriano<sup>21</sup>.

Respecto de la función consultiva, se mantuvo durante este periodo la atribución de competencia al Consejo de Estado, y se destacó la apertura democrática hacia la pluralidad de sus integrantes en la medida en que abrió espacio a la ciudadanía en general (art. 95), sin exigencia de requisitos más allá de la nacionalidad colombiana en ejercicio de los derechos de ciudadano, y a gozar de buen concepto público (art. 96).

La órbita de competencia para la expedición de sus dictámenes se mantuvo en el ámbito legislativo y de la administración pública, y en el acompañamiento al jefe de Estado en el ejercicio de sus funciones (art. 97). Se conservó el carácter no obligatorio de los dictámenes (art. 98) y se estableció un régimen de responsabilidad disciplinaria para los consejeros de Estado, quienes debían responder ante el Congreso por los dictámenes que emitieran contra disposiciones expresas de la Constitución o de las leyes (art. 99).

### 1.2.1.4. Constitución de 1832

Esta Constitución selló el inicio de un nuevo proyecto político que sería el de la Nueva Granada. Tras la muerte de Bolívar, se abandona la idea de unidad y se expide este texto constitucional que será el primero redactado por colombianos<sup>22</sup>, que tendrá vigencia hasta 1843.

En cuanto a la función consultiva se mantuvo en cabeza del Consejo de Estado, cuyos miembros eran elegidos por parte del Congreso, atribuyéndoles un origen de mayor representación democrática (art. 121). Se estableció por primera vez el periodo de los consejeros que sería de 4 años, renovándose por mitad cada 2 años (art. 123). Se introdujo la obligación de rendir informe ante el congreso (art. 124) y el concepto de reserva, según se necesitara, sin establecer un término de su duración. Y se mantuvo la responsabilidad por sus dictámenes o por mal desempeño (art. 125).

Es de destacar que se le dotó de independencia, en la medida en que se prescribió que los miembros de ese mismo Consejo, durante el tiempo de sus funciones ni recibirían para sí, ni solicitarían para otros, empleo, comisión, pensión ni gracia alguna del Poder Ejecutivo. Ellos tendrían una asignación determinada por la ley (art. 126).

Se dio el inicio de la facultad electoral directa de este órgano consultivo en el núm. 4 del artículo 128, al señalar que le correspondía presentar a la Cámara de Representantes una terna para ministros de la Corte Suprema de Justicia, la cual se formaría de las listas que

21.

Uribe Vargas, D. (1985). *Las Constituciones de Colombia* (vol. I). Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana.

22.

Restrepo Piedrahíta, C. (2009). *Constituyentes y constitucionales colombianos del siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

reciba de las cámaras de provincia. Finalmente, persistió el carácter no obligatorio de sus dictámenes (art. 129).

En general, se siguieron manteniendo las funciones consultivas respecto del seguimiento a la actividad legislativa del Congreso, al ejercicio de la facultad reglamentaria del Ejecutivo y frente a temas de impacto en la administración pública, en aras de proteger el interés general.

### 1.2.1.5. Constitución de 1843

Precedida por la guerra de 1839 a 1841, denominada por los historiadores como la “Guerra de los Supremos” o de los “Conventos”<sup>23</sup>, esta Constitución se originó en medio de las disputas entre los grandes caudillos militares de las diferentes regiones del país, que querían retornar al poder y establecer una Constitución mucho más centralista, católica y conservadora.

No obstante, lo anterior, en esta Constitución solo se modificó la denominación de Consejo de Estado por la de Consejo de Gobierno, pero hay continuidad en el modelo de órgano consultivo pues, en esencia, se mantuvieron las mismas funciones prescritas en la Constitución de 1832.

### 1.2.1.6. Constitución de 1853

Conocida como la primera constitución liberal, surgió tras el acaecimiento de 3 hechos fundamentales para la historia política y jurídica colombiana: (i) el fortalecimiento del pensamiento liberal; (ii) la abolición de la esclavitud en 1851 y (iii) el ascenso de una nueva clase social conformada por comerciantes que entró en la disputa por el poder, como una nueva élite<sup>24</sup>. En ella se fundó la idea de las libertades individuales, incluida la libertad religiosa, la posibilidad de que cada provincia dictara su propia carta magna y se inició la separación entre la Iglesia y el Estado<sup>25</sup>.

Se observa en este texto constitucional un desarrollo muy escaso de la función consultiva. Se mantuvo el nombre de Consejo de Gobierno que se le había otorga-

---

23.

Mayorga García, F. (2010). *El Estado y el Colegio del Rosario en el siglo XIX: una historia de luces y sombras*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

24.

Arenas Mendoza, Hugo Andrés. (2021). *200 años de Constituciones nacionales colombianas (1821-2021)*. Cuestiones constitucionales, (45), 47-76. Epub 09 de mayo de 2022. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16657>

25.

Ibidem.

do en la Constitución de 1843, pero solo se mencionó de forma superficial en los siguientes términos:

**Artículo 36.- El Vicepresidente de la República, los Secretarios de Estado, y el Procurador general de la Nación, forman el Consejo de Gobierno, que presidirá el Vicepresidente en los casos que deba consultarlo el Presidente.**

### 1.2.1.7. Constitución de 1858

Se le conoce por la continuidad en el desarrollo del ideario liberal, ya que tuvo como pilares fundamentales, la protección de los derechos individuales y la búsqueda de una forma de Estado federal basada en estados soberanos. De este modo, se instauró un Gobierno popular, representativo, alternativo, electivo, responsable y defensor de las garantías<sup>26</sup>.

Sin embargo, durante la vigencia de esta Constitución, se abolió el Consejo de Estado, y no hubo ninguna institución que hiciera sus veces. Por lo tanto, no se dio en este periodo el ejercicio de la función consultiva, decisión que se mantuvo incluso en la Constitución de 1863.

De acuerdo con algunos autores, la explicación frente a esta determinación constitucional tuvo su origen en la desconfianza en el órgano consultivo, pues, pese a que podía entenderse como un órgano de control al poder político, lo cierto es que sus dictámenes estuvieron generalmente orientados a beneficiarle; y por ello estas constituciones radicales y lejanas a las corrientes políticas favorecedoras del presidencialismo exacerbado, eliminaron la institución y no encontraron argumentos que defendieran la necesidad de restablecerla<sup>27</sup>.

### 1.2.1.8. Constitución de 1886

La Constitución de la República de Colombia de 1886 representó el retorno del partido conservador al poder, después de la derrota a los liberales en la guerra civil de 1884-1885.

El cambio constitucional fue de gran calado, pues la nueva Constitución tuvo un compromiso con principios católicos, conservadores y un enfoque de gobierno centralista, con descentralización administrativa. Esta Constitución tuvo vigencia desde 1886 hasta 1991, pero sufrió varias reformas, dentro de las que se destacan las de 1910, 1936, 1945, 1968 y 1986.

Después de más de 2 décadas sin el ejercicio de la función consultiva, en la Constitución del 1886 se recogió nuevamente el modelo clásico en el que operaba una entidad especializada encargada de emitir conceptos o dictámenes para asesorar al Gobierno, volviendo a restablecerse el órgano consultivo en cabeza del Consejo de Estado. El texto constitucional

26.

Ibidem.

27.

Galvis Ortiz, L. (1986). *Filosofía de la Constitución colombiana de 1886*. Bogotá. Editorial Lito Camargo Ltda.

dedica el título XIII para determinar la composición del Consejo de Estado, la división de este en secciones, sus suplentes y las atribuciones.

De este modo, se estableció que estaría compuesto por el vicepresidente de la República, quien lo preside, y 6 vocales; abrió la participación a los ministros del despacho quienes tendrían voz, pero no voto (art. 136); estableció un periodo para ese Consejo de 4 años, que se renovarían por mitad cada 2 (art. 136); señaló su división en secciones para el análisis de los asuntos de su competencia, según lo señale la ley (art. 139) y estableció sus atribuciones en el art. 141, como se cita a continuación:

- 1. Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que determinen la Constitución y las leyes. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno, excepto cuando vote la conmutación de la pena de muerte;**
- 2. Preparar los proyectos de ley y Códigos que deban presentarse a las Cámaras, y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación;**
- 3. Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso-administrativo con un Fiscal, que serán creados por la ley;**
- 4. Llevar un registro formal de sus dictámenes y resoluciones, y pasar copia exacta de él, por conducto del Gobierno, al Congreso en los primeros quince días de sesiones ordinarias, exceptuando lo relativo a negocios reservados, mientras haya necesidad de tal reserva;**
- 5. Darse su propio reglamento con la obligación de tener en cada mes cuantas sesiones sean necesarias para el despacho de los asuntos que son de su incumbencia; y las demás que le señalen las leyes.**

Se destaca de esta atribución de competencias: (i) el carácter obligatorio de la emisión de sus conceptos o dictámenes en materia de la administración (ser oído obligatoriamente), no así de su acatamiento por parte del Gobierno, a no ser que se trate de conmutar la pena de muerte. (ii) La facultad ilimitada para el ejercicio de la iniciativa legislativa en la medida en que puede proponer proyectos de ley en cualquier área, y (iii) la creación

de la sección contencioso-administrativa como jurisdicción que conoce de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas.

Adicionalmente, la Constitución le atribuyó al Consejo de Estado una función de acompañamiento, en el ejercicio de algunas funciones presidenciales, como se señala en el art. 120:



**Facultad para convocar el Congreso a sesiones extraordinarias.**



**Aprobación de convenios internacionales.**



**Permiso para movilización de tropas en receso del Senado y la estación de buques extranjeros de guerra en aguas de la Nación.**

También lo faculta para pronunciarse sobre los estados de excepción (art. 121); para señalar el orden en que deben entrar a ejercer la Presidencia los ministros cuando las faltas del Presidente no las pueda suplir el Vicepresidente (art. 125); y emitir concepto sobre las solicitudes de los ministerios para aprobación de créditos extraordinarios en receso de las cámaras (art. 208).

De lo antes descrito, se puede concluir que es preponderante el papel que le otorga esta Constitución al Consejo de Estado, como órgano consultivo del Gobierno. Notoria la obligatoriedad de escucharlo en temas de verdadera relevancia no solo a nivel de los asuntos contencioso-administrativos, sino en aquellos que versan sobre la soberanía y seguridad nacional, las relaciones exteriores y temas presupuestales. Adicionalmente, se destaca la iniciativa legislativa ilimitada y la obligatoriedad en lo referente a la conmutación de la pena de muerte.

Se resalta también que sus miembros son elegidos en su mayoría por el Congreso, lo que le da legitimidad democrática a esta instancia. Y es a partir de este texto normativo que se elimina la responsabilidad disciplinaria por la emisión de dictámenes, aunque se debe presentar informe al Congreso sobre el ejercicio de las funciones atribuidas; el órgano deja de ser solo consultivo y a partir de ahora adquiere también el carácter contencioso; y se mantiene la reserva con respecto a los dictámenes, pero el criterio para establecerla será el de necesidad, según el caso.

## 1.2.2. Reformas a la Constitución de 1886

### 1.2.2.1. Acto Legislativo 10 de 1905

Mediante este Acto Legislativo expedido por el Congreso de la República de Colombia (1905), se suprimió el Consejo de Estado, cancelando expresamente sus funciones consultivas, que se encontraban dispuestas en el Título XIII de la Constitución. Así las cosas, se repitió la historia de la Constitución de 1858 y 1863 pero esta vez por razones distintas.

Como antes se mencionó, la supresión del Consejo de Estado en 1858 tuvo como fundamento principal la desconfianza en la institución, por su cercanía al Gobierno y la clara tendencia a beneficiarlo. Sin embargo, en esta ocasión, la campaña contra el Consejo de Estado obedeció a una postura exactamente opuesta, en la medida en que se pensó que el órgano consultivo, por su influencia republicana, se convertiría en una instancia incómoda para el Poder Ejecutivo, en particular para la dictadura de Rafael Reyes, quien promovió esta reforma constitucional.

**Reyes intentaba fortalecerse en el ejecutivo y eliminaba las diferentes instituciones públicas siempre que se interpusieran a las necesidades del ejecutivo. No en vano había dejado aparte al Congreso, y cada vez más abogaba por un centralismo desaforado donde todas las funciones públicas recaían en una cabeza, el ejecutivo. Eliminando el Consejo de Estado el Presidente tenía entonces total autonomía para decretar la turbación del orden público, y con ello disponía de la autoridad para recibir poderes extraordinarios, tal como lo alegaron los señores Pombo y Guerra al comentar la reforma constitucional<sup>28</sup>. También adquiría control absoluto sobre la capacidad para conmutar la pena de muerte. Al analizar estas dos potestades no puede olvidarse que tan sólo dos meses antes de la expedición del Acto Reformatorio, el Presidente había sufrido un intento de asesinato. Así mismo, el Presidente adquirió la potestad para aprobar los tratados internacionales, y efectivamente durante el Quinquenio se aprobaría el controvertido tratado que aprobaba la indemnización a Colombia por la pérdida de Panamá sin que existiera un Consejo de Estado con la capacidad para controvertirlo, aprobación que generaría gran inconformismo y que llevaría a su caída<sup>29</sup>.**

28.

Gómez Naranjo, P. A. (1934). *El Consejo de Estado: Estudio sobre su organización en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

29.

Uribe Vargas, D. (1993). *Los Últimos Derechos de Colombia en el Canal de Panamá: El tratado Uribe Vargas-Ozores*. Bogotá D.C.: Empresa Editorial.

### 1.2.2.2. Acto Legislativo 1 de 1914

Después de la caída de la dictadura de Reyes, surgió la discusión sobre el restablecimiento del Consejo de Estado. De acuerdo con los debates registrados en el seno del Congreso, estos apuntaban a la necesidad de volver al apoyo que el Consejo de Estado ofrecía de antaño al Gobierno y abolir las asesorías externas, lo cual se hacía evidente ante el desorden administrativo y la práctica indeseada de celebrar contratos de asesoría de alto costo para el Estado; situación que podía ser evitada con la creación de un órgano técnico especializado que ejerciera esa función:

**Observad, honorables Senadores, cómo desde que se suprimió el Consejo de Estado, nuestros cuerpos legislativos han venido dando tumbos y revueltas para llenar el vacío creado en hora de ofuscación y de desdicha para la Patria; se han creado y abolido y vuelto a fundar no sabemos cuántas entidades y cuántos empleos de Abogados Consultores y de Abogados de los Ministerios, y hasta se ha apelado, cosa sorprendente, al sistema de contratos para encontrar individuos de reconocida competencia técnica en asuntos jurídicos que asesoren a los Ministros en materias de trascendencia para el país y preparen proyectos de leyes que faciliten al Gobierno la iniciativa parlamentaria. De suerte que por estos medios se busca la manera de llenar una apremiante necesidad, que el Gobierno Ejecutivo es el primero en sentir. Tiempo es, por lo mismo, de suprimir todos esos empleos, y cancelar todos esos contratos, y de crear una sola entidad grande y duradera, visible ante el país, en la cual se forme una conciencia colectiva que responda del acierto de sus deliberaciones y que establezca tradiciones y jurisprudencia administrativa permanente, como sucede en todas las naciones bien organizadas, donde los proyectos de leyes son obras larga y serenamente preparadas, y donde los Consejos de Estado normalizan la jurisprudencia administrativa y suavizan y hacen fecunda la acción de los Gobiernos prestándoles luces y compartiendo con ellos responsabilidades<sup>30</sup>.**

Este argumento entrañaba una crítica al excesivo poder del Ejecutivo respecto del manejo del presupuesto y de la distribución de cargos públicos que fomentaba prácticas clientelistas, que se reducirían ostensiblemente si el Consejo de Estado volvía a ejercer su función, orientada a un dictamen previo sobre estas materias.

---

30.

Ob. cit. Gómez Naranjo, 34.

En el fondo de los debates se podía observar también una confrontación política entre los defensores del centralismo con corte autoritario al estilo de Reyes y los partidarios del republicanismo en perspectiva de garantizar los derechos civiles y políticos:

**Se puede observar entonces, que de alguna manera el restablecimiento del Consejo de Estado sirvió como estandarte en una batalla contra los partidarios de Reyes y su autoritarismo por los partidarios del republicanismo, batalla que se superó finalmente en 1914 con la restauración de la institución jurídica. La explicación para ello es que entre el proyecto civilizatorio e ideológico que subyace la Unión Republicana, es fundamental el asegurar los derechos civiles y políticos, y crear instituciones al estilo francés que fueran perdurables y visibles para la sociedad, como podía ser el Consejo de Estado<sup>31</sup>.**

Finalmente, triunfó la corriente republicana y mediante el Acto Legislativo 1 expedido por el Congreso de la República de Colombia en 1914 se restablecieron las funciones consultivas del Consejo de Estado, en particular, las siguientes:

#### **Artículo 6°. Son atribuciones del Consejo de Estado:**

- 1. Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno;**
- 2. Preparar los proyectos de ley y de Códigos que deban presentarse a las Cámaras Legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación;**
- 3. Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley;**
- 4. Darse su propio Reglamento, con la obligación de celebrar por lo menos tres sesiones en cada semana, y las demás que les señalen las leyes.**

---

31.

Correa Uribe, F. (1996). *Republicanismo y Reforma Constitucional*. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 162-164.

### 1.2.2.3. Acto Legislativo 1 de 1945

Con este Acto Legislativo expedido por el Congreso de la República, se fortaleció el Consejo de Estado, pero en el ejercicio de su función contenciosa, al otorgarle competencia para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno (art. 41) y para proceder con la suspensión provisional de los actos de la administración acorde con los requisitos que establezca la ley (art. 42).

### 1.2.2.4. Ley 19 de 1958

Mediante esta ley expedida con el propósito de reorganizar la administración pública, se crea la Sala de Consulta y Servicio Civil y se mantienen las funciones dispuestas en la Constitución de 1886, pero en especial se resalta la atribución de competencia sobre el control del Poder Legislativo y la iniciativa legislativa del Ejecutivo en materia de servicio civil, dando especial protección al empleo público:

**Artículo 9º.- Créase en el seno del Consejo de Estado, una sala consultiva especializada que se denominará Sala de servicio civil, a la cual deberán someterse los proyectos de ley o de decreto en materia de servicio civil.**

**Esta sala rendirá su concepto sobre los proyectos que le sean presentados, dentro del término y en las condiciones que determine el decreto reglamentario.**

**Los representantes de los servidores públicos interesados en el proyecto, los representantes del departamento administrativo del servicio civil y, cuando el proyecto presente implicaciones fiscales, los representantes de la dirección nacional del presupuesto, podrán tomar parte en las deliberaciones de la sala de servicio civil.**

### 1.2.2.5. Decreto 1 de 1984

En complemento a lo dispuesto en la Constitución de 1886, por medio de esta norma expedida por el expresidente Belisario Betancur (1984), se le designaron otras funciones consultivas a la Sala de Consulta y Servicio Civil:

**Artículo 98. La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro Consejeros, [con sujeción a las normas de la paridad política]<sup>32</sup>. Sus miem-**

---

32.

El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-636 de 1996.

### **ros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que corresponden a la Corporación.**

Esta sala tendrá las siguientes atribuciones:

- 1. Revisar los contratos y conceptuar sobre cuestiones relativas al servicio civil, en los casos previstos en la ley.**
- 2. Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional<sup>33</sup>.**
- 3. Preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende gobierno. El proyecto se entregará a aquél, por conducto del ministro o jefe de departamento administrativo correspondiente, para su presentación al Congreso.**
- 4. Ordenar y corregir las ediciones oficiales de códigos y leyes.**

Finalmente, se le atribuyó, además, la competencia para la elección y el sorteo de los conjuces, que se haría por la Sala de Consulta y Servicio Civil y por las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y que se regiría por lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto-Ley 1265 de 1970 (art. 99).

Vale la pena anotar que, desde 1984 hasta la Carta de 1991, la función consultiva se mantuvo igual, y que las atribuciones otorgadas por el artículo 98 anterior fueron las que se dieron hasta el siguiente cambio constitucional que vendría en 1991.

Cerrando este enfoque histórico de la función consultiva, vale la pena destacar que su ejercicio a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil como máximo órgano consultivo ha sido una constante en nuestra historia constitucional como antes se mencionó, y que esa estabilidad se ha logrado gracias a su posicionamiento como instancia técnico-jurídica objetiva e imparcial al servicio del Gobierno Nacional para

---

33.

**NOTA:** la Corte Constitucional mediante Sentencia C-636 de 1996 precisó que el inciso segundo del artículo 98 del Decreto 01 de 1984 fue subrogado por el numeral primero del artículo 38 de la Ley 270 de 1996.

el mejoramiento de su función administrativa. Así lo han resaltado también autores como William Zambrano en los siguientes términos:

**A lo que se suma que Colombia es el único país en América Latina que incorporó en sus textos constitucionales la función consultiva bajo diversas formas durante la mayor parte del siglo XIX y que la mantiene hasta hoy en permanente diálogo con la función jurisdiccional atribuida desde 1914 al referido Consejo, sin que exista en la región un caso similar al de Colombia en el que dicha función haya perdurado por tanto tiempo y haya tenido una presencia institucional tan significativa<sup>34</sup>.**

---

34.

Zambrano Cetina, William. El significado y alcance de la función consultiva del Consejo de Estado. Los procesos judiciales ante las altas Cortes. Pontificia Universidad Javeriana-Corporación Excelencia en la Justicia.

## 2.

# La función consultiva en la arquitectura de la Constitución de 1991

Para determinar el alcance y caracterización de la función consultiva a partir del diseño institucional y el giro paradigmático que supone la expedición de la Constitución de 1991 es necesario determinar: (i) el concepto y naturaleza de la función consultiva; (ii) la estructura actual de la función consultiva; (iii) la constitucionalización de la función consultiva; y (iv) la naturaleza de la función consultiva en la arquitectura de la Constitución de 1991. Teniendo claridad sobre estas variables es posible entender con mayor precisión el enfoque propuesto a la función consultiva en el ordenamiento jurídico colombiano, y sus oportunidades y retos a partir de los cambios constitucionales que se dieron con ocasión de la Carta de 1991.

### 2.1. El concepto y naturaleza de la función consultiva

#### 2.1.1. Concepto

Para el análisis del concepto de la función consultiva, se tendrá como referente el desarrollo teórico de Ignacio Granada Hijelmo<sup>35</sup>, por su grado de profundidad y exhaustividad al abordar el tema.

En efecto, para definir el concepto de *función consultiva*, se puede abordar el análisis desde una perspectiva general y una específica, que circunscribe el concepto al ámbito jurídico.

Desde la perspectiva general, el concepto se construye a partir de la noción de *munus*, a la que se le han atribuido diversos significados en las fuentes latinas ya sean literarias, epigrá-

---

35.

La Función Consultiva en el Estado de Derecho. (*Memoria de ingreso como Académico Correspondiente en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2020).

ficas o jurídicas. Sin embargo, de los usos que los autores hacen de esa expresión, se infiere que el significado más básico, primario, de la palabra *munus* es el de “capacidad” o “facultad”. Capacidad o facultad “de hacer, [o] producir [...]”<sup>36</sup>, que en el contexto de la función a la que se alude, se refiere en esencia a la actividad de dar consejo, a partir de la capacidad o facultad de hacerlo, en virtud de la posesión de un conocimiento concreto que permite dar orientaciones para lograr de forma correcta un cierto curso de acción. En el ámbito jurídico la función consultiva se define entonces como aquella que tiene como objeto principal, el de responder a consultas sobre el ajuste a derecho de una propuesta de actuación<sup>37</sup>.

Ahora bien, esta función se puede cumplir en diferentes niveles de la estructura del Estado. Sin embargo, la que se puede catalogar como “Alta función consultiva” sería aquella que desde la Constitución ha sido reservada a ciertos órganos pluripersonales que se caracterizan por<sup>38</sup>:



**Estar integrados por juristas de probada trayectoria.**



**Contar con un reglamento que asegure su completa autonomía orgánica y funcional, independencia, objetividad e imparcialidad.**



**Contar con una estructura que facilite la deliberación de forma organizada. Generalmente distribuida por secciones y/o salas, y el pleno.**



**Ajustarse a un procedimiento establecido para la formación de la voluntad consultiva transpersonal que se condensa en el dictamen.**

### 2.1.2. Naturaleza

Tradicionalmente, la naturaleza de la función consultiva se ha definido por oposición a la función de *potestas* y por asimilación a la de *auctoritas*.

36.

Pereira-Menaut. Gerardo. ¿Qué es un Munus? *Mai-nake*, XXVII/2005 / pp. 395-431 / ISSN: 0212-078-X. Universidad de Santiago de Compostela.

37.

Ob. cit. Granado Hijelmo, Página

38.

Ibid, 38.

De acuerdo con Hobbes, ya desde el derecho romano se estableció la diferencia entre el mandato o la orden, y el consejo:

**[...] una orden es una indicación de una persona a otra “sin esperar otra razón que la voluntad de quien formula el mandato”. Sin embargo, el consejo es aquella indicación de un sujeto a otro en la cual el primero explica las razones por las que se beneficiará el segundo<sup>39</sup>. Un hombre puede ser obligado a hacer lo que se le manda, cuando se ha obligado a obedecer; en cambio, no puede ser obligado a hacer lo que se le aconseja, pues si se hubiera obligado a seguir el consejo éste de- vendría orden. La función de potestad es, siguiendo esta tesis, la función de Gobierno, siendo la de autoridad la de ciencia y consejo. Desde este planteamiento, el acto puro de Gobierno es el acto de potestad, el cual consiste en la prudencia política de la elección y realización de un consejo y no de otro<sup>40</sup>.**

La función de *potestas* se refiere en esencia al ejercicio del poder. En su definición más general se describe como: la fuerza dimanante de un poder implantado en cualquier grupo social<sup>41</sup> que, como tal, puede ejercerse sin que ello implique necesariamente el poder político. En todo caso, supone siempre una fuente originaria de poder de la cual se deriva la atribución para su ejercicio, es decir, la función de *potestas* es conferida por una voluntad objetivada, que en los sistemas democráticos deviene de la soberanía popular.

Por su parte, la función de *auctoritas* en su definición más amplia, concierne *al saber socialmente reconocido*<sup>42</sup>, donde tal reconocimiento se da tanto a la inteligencia como al proceso que se lleva a cabo para adquirir el conocimiento, que conduce al prestigio derivado de alcanzar un grado superior o preciso de conocimiento, para poder ofrecerlo a quienes lo requieran. En este sentido, la función consultiva excluye el ejercicio del poder, pues se trata de una legitimación por vía de la razón, que no por la fuerza:

**La auctoritas para ser tal debe ser algo socialmente reconocido. El saber se convierte en autoridad cuando es reconocido socialmente, pues sin este reconocimiento queda reducido a pura ciencia o conocimiento sin autoridad<sup>43</sup>.**

En su origen y a través de la evolución de la función de *auctoritas*, se pueden distinguir diferentes niveles. El primero sería el de *auctoritas* divina que deviene del logos creador del mundo; en el segundo nivel, está lo sagrado materializado en la transmisión del saber

39. Hobbes, Thomas. *Leviathan*, Trad. de M. Sánchez Sarto, Sarpe, Madrid, 1983, 259, 262.

40. *Ibid.*, 264.

41. *Ibid.*, 7

42. *Ibid.*, 9

43. Miguel, C. R. (1995). *Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos*. Dykinson, 6.

divino, a los sacerdotes; en el tercero se identifica la *auctoritas* de los juristas, derivada de la sacerdotal, en su faceta de resolución de conflictos: que se materializaba en dar una respuesta integrada por el *ius* (criterio divino) y el *prudens* (prudencia), que se vino a tecnificar y especializar con la compilación del acervo de respuestas jurisprudenciales junto con otras fuentes, en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano. A partir de allí, este pudo ser enseñado, glosado y comentado, dando así lugar a la recepción europea del Derecho romano<sup>44</sup>.

Con posterioridad a ese momento, la función consultiva jurídica siguió evolucionando a la par del Derecho, los sistemas políticos y los modelos de Estado. Ese desarrollo pasaría por diferentes estadios: (i) separación total de la *potestas* imperial; (ii) con el paso del derecho natural de base divina al derecho natural de corte racionalista y posteriormente al positivismo; y (iii) la consolidación del post positivismo y del Estado Constitucional de Derecho, que supone el reconocimiento al principio democrático y un criterio de corrección del derecho materializado en la moral positivizada de los derechos humanos.

Por último, como parte de la naturaleza de la función consultiva y de la *auctoritas* derivada de ella, se puede enunciar una tipología general o clasificación de la función consultiva, para dar claridad sobre las distintas modalidades bajo las cuales se ejerce.

De acuerdo con la tipología que propone García de Enterría, hay 3 grandes modalidades de administración consultiva: (i) la constituida por órganos institucionalizados, de actuación permanente y general; (ii) la formada por órganos *ad hoc*, conformados para emitir conceptos sobre temas concretos; y (iii) lo que genéricamente el autor nombra como de informaciones generales que concierne a los órganos que no están instituidos como consultivos.

## 2.2. Competencias actuales de la función consultiva

De los antecedentes descritos en la parte histórica, se puede concluir que en Colombia la función consultiva ejercida a través de un órgano institucionalizado, de actuación permanente y general, según la tipología antes descrita, ha estado presente en la mayor parte de nuestra historia constitucional.

Esto, en la medida en que el órgano consultivo ha tenido consagración desde el más alto nivel de la jerarquía normativa y se ha convertido en una de las constantes del constitucionalismo colombiano que surgió de manera muy temprana, manteniéndose desde su planteamiento primigenio, aunque con algunos periodos de interrupción.

---

44.

Ibíd., 11

La permanencia del órgano consultivo se ha fundado en una necesidad reconocida de asesoría al Gobierno, indistintamente de su filiación política. Dada su función técnica ha podido sostenerse como un elemento neutral en la estructura del Estado. De hecho, si se revisa la historia del Consejo de Estado, se puede observar que las razones que llevaron a su abolición en 1858 se fundaban en la desconfianza por su cercanía al Ejecutivo, mientras que en los debates que antecedieron el Acto Legislativo 10 de 1905, en el que se discutió sobre una nueva supresión de este órgano, los ataques provenían justamente de los sectores gobiernistas, pues se había convertido en una instancia incómoda para el poder ejecutivo.

Este carácter neutro que finalmente tiene la función se evidencia, además, en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, en los que no hubo mayor discusión sobre la relevancia de mantener la institución consultiva y se tuvo como presupuesto su importancia y legitimidad constitucional como consta en las gacetas de la Asamblea<sup>45</sup>, en los siguientes términos:

**[...] lo importante en esta materia es mantener los sólidos fundamentos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, desde el punto de vista constitucional, lo cual constituye la propuesta de la Comisión. (subrayados fuera de texto).**

En cuanto a la función consultiva, las materias objeto de discusión en las distintas ponencias presentadas en dicha Asamblea Nacional Constituyente giraban alrededor de: (i) la ampliación de las materias que debían ser consultadas de forma obligatoria por parte del Gobierno; (ii) el carácter obligatorio de los conceptos o dictámenes emitidos por el Consejo de Estado en algunos casos —por ejemplo, en lo concerniente a la detención preventiva y a los créditos extraordinarios—; y (iii) la extensión del ámbito de la iniciativa legislativa:

**[...] En relación con la función consultiva del Consejo de Estado actualmente restringida a la retención preventiva, los estados de extraordinarios, el Proyecto número 27 propone su ampliación al tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, la estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación y la creación de nuevos departamentos.**

---

45.

Ponencia para sesión plenaria. Texto del articulado acogido por mayoría por la comisión IV sobre Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, proposiciones divergentes. Ponente: Garcés Lloreda María Teresa. 27 de mayo de 1991. En: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054co-1128/id/328/rec/3>

**Además, nos parece conveniente agregar la obligatoriedad del Gobierno de consultar al Consejo de Estado sobre los proyectos de decreto que desarrollen las facultades extraordinarias, en relación con las cuales hay una tendencia en los proyectos de reforma a restringirlas notablemente. Ningún otro órgano podría cumplir, como el Consejo de Estado, dicha función consultiva, en lugar de las comisiones de congresistas que se establecen actualmente en las leyes de facultades, los cuales deben abstenerse de intervenir en las funciones del Gobierno, y limitarse a desempeñar a cabalidad sus funciones legislativas y de control que les son propias. Así mismo, esta atribución consultiva del Consejo de Estado deberla extenderse a los proyectos de decretos que reglamenten las leyes marco.**

**Una atribución ya existente que consideramos merece ampliación y aclaración, es la relacionada con la iniciativa legislativa del Consejo de Estado. En efecto, la facultad de preparar proyectos de ley y de códigos y de proponer proyectos en todos los ramos de la legislación, debe ir acompañada de la facultad de presentarlos ante el Congreso; además debe adicionarse con de la preparar y presentar proyectos de actos legislativos<sup>46</sup>.**

[...]

A partir de los presupuestos antes citados, la función consultiva ejercida a través de un órgano supremo quedó nuevamente garantizada en la Constitución de 1991, según lo prescrito en el artículo 237 numerales 3 y 4, como se cita a continuación:

### **Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:**

[...]

- 1. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.**
- 2. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en**

---

46.

Ponencia sobre control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Comisión IV. Ponentes: Garcés Lloreda, María Teresa, Velasco Guerrero, José María. 8 de abril de 1991. En: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/266/rec/1>

**aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.**

**3. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.**

Posteriormente, las funciones atribuidas a la Sala de Consulta y Servicio Civil fueron ampliadas en la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021, al incluir dentro de ellas, la de resolver conflictos de competencia en los siguientes términos:

**Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa.**

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

**De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.**

**Inciso modificado por el art. 2, Ley 2080 de 2021. <El nuevo texto es el siguiente> En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría, se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades Involucradas y a los particulares interesados y se fijara un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los cuarenta (40) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno<sup>47</sup>.**

---

47.

Para un análisis detallado de las modificaciones introducidas por esta ley a las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil ver: Morales Alzate, John Jairo. (2021). "Funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Colombiano a la luz de la Ley 2080 de 2021" en: *Tendencias contemporáneas en el Derecho colombiano y alemán*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 216-221.

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

Esta función, aunque no se entiende originalmente como parte del ejercicio de la función consultiva, de algún modo, en un sentido amplio, puede entenderse como cercana a esa labor, ya que implica definir el ámbito de cumplimiento de la función administrativa, ante la duda o errónea interpretación de los marcos de competencia. Lo que supone, en últimas, una solicitud de orientación dirigida a la Sala de Consulta y Servicio Civil por parte de las entidades públicas, para que, a partir de un análisis juicioso de una problemática concreta, el órgano que posee el conocimiento técnico, la legitimidad social y la atribución legal para resolverlo, defina esa competencia, se repite, dentro de un concepto amplio de función consultiva.

Más adelante, en los artículos 112 y 113 de la misma Ley 1437 de 2011, se enunciaron como funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil las siguientes:

**Artículo 112. Inciso modificado por el art. 19, Ley 2080 de 2021.**

El nuevo texto es el siguiente> Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil cumplirá funciones separadas de las funciones jurisdiccionales y actuará en forma autónoma como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración. Estará integrada por cuatro (4) Magistrados<sup>48</sup>.

Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

- 1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo.**
- 2. Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del**

---

48.

**El texto original era el siguiente:**

Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

**Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República.**

- 3. Preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia proyectos de acto legislativo y de ley.**
- 4. Revisar a petición del Gobierno los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación.**
- 5. Realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas.**
- 6. Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política.**
- 7. Numeral modificado por el art. 19, Ley 2080 de 2021. [El nuevo texto es el siguiente] Emitir concepto, a petición del Gobierno Nacional o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en relación con las controversias jurídicas que se presenten entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial, con el fin de precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente. El concepto emitido por la Sala no está sujeto a recurso alguno.**

Cuando la solicitud no haya sido presentada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, esta podrá intervenir en el trámite del concepto.

La solicitud de concepto suspenderá todos los términos legales, incluida la caducidad del respectivo medio de control y la prescripción, hasta el día siguiente a la fecha de comunicación del concepto.

En el evento en que se haya interpuesto demanda por la controversia jurídica base del concepto, dentro de los 2 días siguientes a la radicación de la solicitud, las entidades parte del proceso judicial o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado deberán comunicar al juez o magistrado ponente que se solicitó concepto a la Sala. La comunicación suspenderá el proceso judicial.

El ejercicio de la función está sometido a las siguientes reglas:

**a)** El escrito que contenga la solicitud deberá relacionar, de forma clara y completa, los hechos que dan origen a la controversia, y acompañarse de los documentos que se estimen pertinentes. Asimismo, deberán precisarse los asuntos de puro derecho objeto de la discrepancia, en relación con los cuales se pida el concepto;

**b)** El consejero ponente convocará audiencia a las entidades involucradas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público para que se pronuncien sobre la controversia jurídica sometida a consulta y aporten las pruebas documentales que estimen procedentes;

**c)** Para el ejercicio de la función prevista en este numeral, el consejero ponente podrá decretar pruebas en los términos dispuestos en este código;

**d)** Una vez cumplido el procedimiento anterior y se cuente con toda la información necesaria, la Sala emitirá el concepto solicitado dentro de los noventa (90) días siguientes. No obstante, este plazo podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días más, de oficio, o a petición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el evento de presentarse hechos sobrevinientes o no conocidos por la Sala en el trámite del concepto<sup>49</sup>.

**8. Verificar, de conformidad con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación.**

**9. Ejercer control previo de legalidad de los Convenios de Derecho Público Interno con las Iglesias, Confesiones y Denominaciones Religiosas, sus Federaciones y Confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley.**

**10. Modificado por el art. 19, Ley 2080 de 2021. <El nuevo texto es el siguiente> Resolver los conflictos de competencias administrativas entre**

---

49.

**El texto original era el siguiente:**

[...]

7. Emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio.

**organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo. Una vez el expediente ingrese al despacho para resolver el conflicto, la Sala lo decidirá dentro de los cuarenta (40) días siguientes al recibo de toda la información necesaria para el efecto<sup>50</sup>.**

**11. Presentar anualmente un informe público de labores.**

**12. Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley.**

**Parágrafo 1.** Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses. Esta podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por el Gobierno Nacional. Si transcurridos los seis (6) meses a los que se refiere este párrafo el Gobierno Nacional no se ha pronunciado en ningún sentido, automáticamente se levantará la reserva.

En todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo.

**Parágrafo 2.** A invitación de la Sala, los ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, y los funcionarios que unos y otros requieran, podrán concurrir a las deliberaciones del Consejo de Estado cuando este haya de ejercer su función consultiva, pero la votación de los Magistrados se hará una vez que todos se hayan retirado. La Sala realizará las audiencias y requerirá las informaciones y documentación que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

**Artículo 113. Concepto Previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil deberá ser previamente oída en los siguientes asuntos:**

- 1. Proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.**

---

50.

**El texto original era el siguiente:**

[...]

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

**2. Todo asunto en que, por precepto expreso de una ley, haya de consultarse a la Sala de Consulta y Servicio Civil.**

**Parágrafo.** En los casos contemplados en el anterior y en el presente artículo, los conceptos serán remitidos al Presidente de la República o al Ministro o jefe Departamento Administrativo que los haya solicitado, así como a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República<sup>51</sup>.

Ahora bien, de las funciones antes expuestas, vale la pena destacar y analizar aquellas que por antonomasia constituyen la esencia de la función consultiva, y estas son las que se circunscriben a la emisión de conceptos. La primera de ellas está consagrada en el artículo 237 de la Constitución y enunciada en el numeral primero del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, relacionada con la función consultiva general. La segunda está prescrita en el numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el art. 19 de la Ley 2080 de 2021, ligada con la función consultiva asociada a precaver litigios.

De acuerdo con el contenido normativo del art. 237 numeral 3 y del numeral primero del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, se puede observar que la definición de la función consultiva tiene como elementos:

**(i) La titularidad, adjudicada a la Sala de Consulta y Servicio Civil, (ii) el destinatario, que es el Gobierno Nacional; (iii) el ámbito en el que se desarrolla, se circunscribe a asuntos de administración y de soberanía, es decir, relacionados con la función gubernamental o de índole política ejercida por el Gobierno en el sentido de orientar o dirigir a la Rama Ejecutiva; (iv) la competencia, que se da en 2 niveles pues se señala que la Sala, como cuerpo consultivo, debe ser necesariamente oída en los casos en los que la Constitución y la ley lo determinen, en tratándose de asuntos de carácter administrativo, y debe ser oída de forma previa cuando se trata de asuntos de soberanía. En ambos casos es claro el carácter orientador, que no obligatorio de los pronunciamientos expedidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil.**

---

51.

Se recuerda en este punto, que de conformidad con lo mencionado previamente sobre el artículo 237 superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil también debe ser oída por el Gobierno, en "los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación", por expresa disposición constitucional.

El numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437 también se refiere a la función de emisión de conceptos, a fin de prevenir litigios, y entre sus elementos se pueden distinguir: (i) la función en sí misma, que es, precisamente, la de emitir conceptos; (ii) el solicitante, que puede ser el Gobierno Nacional o la ANDJE; (iii) el ámbito, que se circunscribe a la función no gubernamental administrativa o ejecutiva que excluye cualquier acento político, es decir, tiene que ver con el marco de actuación de la rama ejecutiva, específicamente con las controversias jurídicas que se presenten entre (iv) los destinatarios, que como tal, son las entidades públicas del orden nacional, o estas y entidades del orden territorial, (iv) con el propósito de precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente, con (vi) la exclusión de la doble instancia.

Nótese bien que estas normas, si bien se refieren a la función consultiva, fijan alcances distintos. De manera que se trata de funciones de consulta, sustancialmente diferentes. Esto es así por cuanto el art. 237 numeral 3 de la Constitución, junto con el numeral primero del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, se refieren a la función consultiva clásica, heredada de la tradición decimonónica a la cual se remonta el origen mismo del Consejo de Estado, y que por ello puede catalogarse como función consultiva originaria.

En cambio, la función consultiva de que trata el numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437, modificado por art. 19 de la Ley 2080 de 2021 es una función consultiva nueva, que surge de un contexto histórico completamente distinto y que responde a una necesidad específica, la cual, dado su carácter novedoso, podría denominarse función consultiva derivada.

Ambas tienen como elementos comunes la actividad de emitir concepto, la titularidad de quien debe cumplir la función, que está radicada en la Sala de Consulta y Servicio Civil, y el carácter no vinculante. Sin embargo, difieren en los destinatarios, el ámbito al que se circunscriben, el propósito, y en el caso de la función consultiva derivada, en la introducción de un solicitante distinto al Gobierno.

Lo anterior, se puede constatar si se tiene en cuenta que la función consultiva originaria se dirige al Gobierno como supremo director de la Rama Ejecutiva, a quién debe asesorar respecto de temas y decisiones de alto nivel gubernamental como lo son la definición de políticas en temas de carácter administrativo y las posibles amenazas o interferencias a la soberanía nacional, mientras que la función consultiva derivada, se dirige a la rama ejecutiva, en el supuesto de que entidades públicas del orden nacional o nacional y territorial se encuentren en medio de una controversia o en litigio, en donde el principio de colaboración armónica se ha visto fracturado.

El propósito de la función consultiva originaria supone ofrecer elementos al Gobierno para la toma de decisiones en una gran diversidad de temas y circunstancias, mientras que la función consultiva derivada, se limita a las controversias litigiosas o cuasi litigiosas.

En ese orden de ideas, la función consultiva derivada introduce un nuevo actor en calidad de solicitante que es la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), entidad que puede elevar la consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil, como agente intermediario de las entidades que se encuentran en litigio o *ad portas* de uno. En este punto debe hacerse énfasis en que, si bien la agencia puede activar la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil, no es ella misma la destinataria del concepto a emitir por

parte de la Sala, sino que el criterio orientador de la Sala se dirige a resolver la controversia jurídica entre entidades públicas, escenario en el que la ANDJE participa solo como tercero, para solicitar el estudio del caso.

Se concluye entonces que hay 2 tipos de función consultiva: (i) la originaria —como se ha denominado en este escrito—, cuyo propósito es orientar al Gobierno respecto de temas que solo a él le competen por virtud del ejercicio de la función propiamente gubernamental, y (ii) la función consultiva derivada, que está orientada a precaver un litigio o poner fin a una ya existente.

## 2.3. Competencias eventuales a futuro de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Considerando que el paradigma de la administración pública ha sido objeto de revisión a partir de los fenómenos de constitucionalización del derecho, de modernización del Estado, del neoinstitucionalismo y de la globalización, bien se puede considerar la apertura a los márgenes de competencias de la Sala de Consulta, en lo que suponga un fortalecimiento de sus funciones para mayor satisfacción de las demandas sociales y de garantía de los derechos fundamentales y sociales de los que son titulares los ciudadanos.

En este contexto se viene asistiendo en los últimos años a la consolidación del derecho a la buena administración, consagrado en el art. 41 de la Carta de Niza, el cual exige que la actuación pública esté motivada siempre por el interés general y con los más altos estándares de eficacia y eficiencia, lo cual realza el papel que la Sala de Consulta pueda jugar como máximo órgano consultivo, para apoyar a la administración pública en el propósito de materializar este derecho.

Todo lo anterior lleva a una optimización cada vez mayor del principio de colaboración armónica entre los poderes públicos (artículo 113 CP), y en esa línea se puede pensar en ampliar las competencias de la Sala de Consulta para lograr un nivel mayor de asesoría no solo al Gobierno Nacional, sino a toda la administración pública en general.

Dentro de esas funciones eventuales futuras se pueden plantear las siguientes:



**Revisión a prevención de iniciativas legislativas y consulta obligatoria sobre temas que impacten los derechos fundamentales y/o los ejes estructurales de la Constitución.**



**Definición obligatoria de conflictos de competencia entre entidades públicas.**



**Ampliar la facultad de solicitud de conceptos a la Sala para las entidades del orden territorial y local, la cual se deberá gestionar a través de los alcaldes y gobernadores o de la ANDJE.**



**Capacitación a la administración pública del orden nacional y territorial sobre las facultades y competencias de la sala, la buena administración pública, contratación estatal, prevención de corrupción, descentralización administrativa, principios constitucionales para la buena administración del Estado, y en temas concretos de investigación o estudios que desarrolle la sala de consulta entre otros.**



**Liderar la implementación de una red de coordinación de órganos consultivos a nivel internacional.**

### 3.

## **Constitucionalización de la función consultiva: la Sala de Consulta y Servicio Civil como máximo órgano consultivo del Gobierno y la administración pública, que aplica y materializa la Constitución**

Como se ha evidenciado hasta ahora, el ejercicio de la función consultiva ha tenido siempre un carácter constitucional. Sin embargo, este tiene un alcance distinto después de la Carta de 1991, por cuanto es bien sabido que ese texto constitucional, supuso un cambio de paradigma que se materializa en el tránsito de un derecho constitucional formal a un derecho constitucional sustancial. Es decir, del tránsito de una constitución que se reduce a un documento político con eficacia solo respecto a la organización del Estado, a una constitución con valor normativo vinculante, en lo que concierne a los derechos, valores y principios que subyacen el sistema jurídico, y que operan como criterios de corrección, condicionados por una moral crítica cuyo propósito es la justicia.

Se pasa entonces de un sistema jurídico en el que solo se exige una justificación interna o formal, rasgo esencial del positivismo, a un ordenamiento jurídico que se articula a partir del principio de supremacía constitucional, que suma a la exigencia de coherencia y consistencia formal, la de justificación externa, lo que implica la materialización del componente axiológico de la Constitución en todas las actuaciones de las autoridades que integran las diferentes ramas del poder público, y que se inserta en el post positivismo o antiformalismo contemporáneo.

El rasgo distintivo de este paradigma está en el hecho de que la Constitución permea todas las áreas del derecho. En el caso del derecho administrativo, este fenómeno se evidencia en la incorporación de principios constitucionales en el ejercicio de la función administrativa (art. 209 C.P.), en el establecimiento de acciones e instrumentos de control ciudadano al ejercicio de la función pública, como el derecho de petición (art. 23 C.P); en la atribución de competencias de control constitucional al juez contencioso administrativo, en el ámbito de los derechos colectivos a través de las acciones de cumplimiento (art. 87 C.P.- Ley 393 de 1997), populares y de grupo (art. 88 C.P.-Ley 472 de 1998), y/o en la incorporación de la responsabilidad del Estado por la causación del daño antijurídico (art. 90 C.P.), entre otros ejemplos.

En el ámbito de la función consultiva, este fenómeno de la constitucionalización va más allá de la consagración formal del órgano consultivo. En la Carta, pues, se concreta, en realidad, en el doble rol que cumple la Sala de Consulta y Servicio Civil como máximo órgano consultivo del Gobierno y la administración pública a partir de la irradiación de los principios constitucionales sobre el desempeño de sus funciones. Este doble rol se puede identificar haciendo un símil con las categorías de receptor y emisor propias de la teoría de la comunicación<sup>52</sup>.

Estas categorías refieren al receptor como el agente (persona o equipo) que recibe el mensaje, señal o código emitido por un emisor, y este último alude al elemento que envía o genera el mensaje a través de un canal hasta un receptor. De este modo, la Sala de Consulta cumple ese doble rol, primero como receptor que a su vez materializa el mandato constitucional en el desempeño de sus funciones; segundo como emisor de dicho mandato al interpretar y desarrollar la Constitución a través de sus pronunciamientos, que tienen como propósito orientar al Gobierno y a la administración pública, para que sus cursos de acción sean siempre conformes a la Constitución especialmente cuando emergen casos difíciles, que requieran de asesoría y acompañamiento de un ente técnico y especializado.

El primer escenario, esto es, la Sala de Consulta y Servicio Civil, entendida como receptor del mandato constitucional de aplicar y hacer efectiva la Constitución, se constata en la medida en que las funciones de la Sala, dentro de la arquitectura constitucional existente, son en esencia, desarrollarlos principios esenciales, valores y derechos fundamentales. Estos principios y reglas generales y abstractos son entre otros: (i) el principio de supremacía constitucional; (ii) el principio de separación de poderes; (iii) la efectividad de los derechos fundamentales; (iv) la promoción de la buena administración pública; (v) la prevalencia del interés general; (vi) los principios que informan la administración pública; y (vii) la estructura orgánica del Estado de Derecho.

52.

Arroyo Cantón, Carlos; Berlatto Rodríguez, Perla (2012). "La comunicación". *Lengua castellana y Literatura*. España: Oxford University Press. p. 407.

Adicionalmente, una característica esencial del giro paradigmático que implica la constitucionalización del derecho administrativo está en la apropiación del enfoque de derechos en el ejercicio de la función administrativa. Un enfoque que supone un marco conceptual dirigido a promover y proteger los derechos consagrados en la Carta y a propender por su materialización real.

Bajo este presupuesto, ha sido amplia la discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, en torno al papel de los jueces en la materialización y el desarrollo de los derechos; y extenso el debate, además, en temas tan relevantes, como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el activismo judicial.

Dentro de tales análisis, han sido muy discretos los estudios sobre la labor de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y su incidencia en estas materias. Lo anterior, en gran medida, porque se entiende que la función consultiva no es realmente judicial, o se asocia la gestión de la Sala con aproximaciones jurídicas de tipo doctrinal, que se estiman distantes a la protección directa de los derechos. Y porque es poco lo que se conoce sobre el impacto de la función consultiva o la de definición de competencias, en la materialización y desarrollo de los derechos constitucionales.

En ese sentido, si bien la naturaleza de la función consultiva es diferente y se encuentra separada efectivamente de la función jurisdiccional del Consejo de Estado, lo cierto es que se trata de una atribución que resulta ser, a su vez, una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional y de orientación jurídica relevante, que tiene el potencial, en la práctica, de materializar derechos y de contribuir a su desarrollo, al ofrecerle al Gobierno Nacional análisis jurídicos objetivos, actuales e independientes, que a través de la interpretación integral del ordenamiento jurídico, favorecen y contribuyen al mejor cumplimiento de las tareas administrativas a su cargo, entre ellas el cumplimiento del artículo 2 de la Constitución.

A ese respecto, y a diferencia de lo que ocurre en el debate judicial, en el que el análisis de los asuntos se da caso a caso —salvo que se extiendan los efectos de la jurisprudencia—, la labor doctrinal de la Sala tiene un alcance ampliado y determinante, que sirve para orientar y guiar a vastos ámbitos de la función administrativa, a través de su permanente labor persuasiva. Una vía en la que en virtud del *auctoritas* de la Sala, es posible ofrecer alternativas jurídicas razonables, que permitan resolver vacíos o conflictos interpretativos en materia administrativa que, en la práctica, al acogerse, terminen por impactar el ejercicio y alcance de los derechos.

Para efectos de este texto, en consecuencia, entendemos por materialización de los derechos, la posibilidad de hacerlos exigibles en la práctica, más allá de la retórica o de los obstáculos. Y por desarrollo de los derechos, la posibilidad de llenar vacíos interpretativos que permitan reforzar la protección de esos derechos de maneras nuevas o ampliadas.

Este acercamiento a la gestión de la Sala de Consulta, desde un análisis de los derechos constitucionales, permite evidenciar que la labor que la Sala desempeña va más allá de la indiscutible labor de fortalecimiento y guía que cumple en materia administrativa, al contribuir de formas aún desconocidas, en el reconocimiento y protección de los derechos constitucionales de manera más directa.

Desde esta perspectiva, se expone a continuación, mediante un razonamiento deductivo, de qué manera el ejercicio de las funciones atribuidas a la Sala de Consulta y Servicio Civil resultan ser en la práctica la materialización de principios constitucionales orientadores del sistema jurídico y de la función pública, todos ellos bajo la fuerza gravitacional del enfoque de derechos que supone que el ejercicio de las funciones de la Sala coadyuva a la concreción y garantía de los mismos, como se explica en lo que sigue.

### 3.1. Principio de supremacía constitucional materializado a través de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Las funciones atribuidas a la Sala pretenden claramente la materialización de este principio, en búsqueda de un desarrollo de la actividad administrativa que oriente sus diseños, al cumplimiento de los fines planteados en la Carta. En particular, se destacan bajo este propósito, las del ejercicio de la función consultiva<sup>53</sup> y las de iniciativa legislativa<sup>54</sup>.

En el primer caso, esa pretensión se concreta en la medida en que la función consultiva —entendida como la actividad de un cuerpo colegiado integrado por juristas, que tienen legalmente conferido el *munus* consultivo, es decir, que están legalmente habilitados para recibir consultas y emitir respuestas jurídicas, sobre el ajuste a Derecho de un curso de acción, ya sea en el ámbito de la administración pública o en la actividad legislativa—, trae implícito que tal valoración se haga teniendo como parámetro de evaluación en primer lugar, la Constitución, y derivada de esta, la ley.

De manera que el órgano consultivo, al ser una instancia técnica, dispuesta a ofrecer puntos de vista neutrales y objetivos, al cubrir vacíos de conocimiento jurídico del que adolecen los órganos políticos, incide y orienta al Gobierno en su gestión para evitar desajustes de tipo constitucional o legal en la labor administrativa.

Es así como sus conceptos se pueden asimilar a una suerte de advertencia de inconstitucionalidad o ilegalidad que se brinda tanto al Gobierno como al Congreso, a través de una opinión autorizada, que puede evitar censuras ulteriores ante revisiones jurisdiccionales, o de la opinión pública<sup>55</sup>.

La función consultiva también puede aportar al Gobierno en su papel de dirección y control de la administración pública prestando apoyo en la orientación de la burocracia, para garantizar la materialización de los principios constitucionales que orientan la función pública.

53.

Art. 237 núm. 3. Constitución Política.  
Art. 112 núm. 1, 6,7 y 9 Ley 1437 de 2011  
modificada por la Ley 2080 de 2021.

54.

Art. 237 núm. 4. Constitución Política.  
Art. 112 núm. 2, 3,4 y 5 Ley 1437 de 2011  
modificada por la Ley 2080 de 2021.

55.

Ob. cit. Granado Hijelmo, 31.

Del mismo modo en el ámbito legislativo, la intervención del órgano consultivo en la proposición o en la revisión de los proyectos de ley, busca cumplir altos estándares de técnica legislativa, acordes con el marco constitucional, pero con respeto por el principio de libre configuración legislativa según la regulación de que se trate. Estos estándares, a veces, pueden resultar inobservados y/o desarrollados inadecuadamente por el parlamento, de manera tal que la revisión de los proyectos supone una especie de control previo a los productos legislativos que, al no ser vinculante, respeta en todo caso la potestad legislativa.

Estas variantes del ejercicio de la función consultiva forman parte de la dinámica de frenos y contrapesos con los que se articula la democracia, la cual, entre otras dimensiones, implica no solo una suerte de limitación del poder político, sino preferentemente un mecanismo de colaboración armónica dirigido a fortalecer la gestión estatal, la protección al patrimonio público y la realización de los fines esenciales del Estado.

Por todo lo anterior, el papel de la función consultiva en cuanto al principio de supremacía constitucional puede catalogarse, *mutatis mutandi*, como un control constitucional *ex ante* tanto a la función administrativa como a la legislativa, que supone un seguimiento cercano y casi que inmediato a problemáticas muy concretas que surgen en el giro ordinario de la función pública, en su quehacer habitual, y que se constituye como complemento del modelo de control constitucional mixto que se ha implementado en nuestro ordenamiento jurídico:

**Así bien puede decirse que la función consultiva del Consejo de Estado de Colombia no solamente se encuentra llamada a contribuir en la expedición de textos legislativos, tanto a nivel de proposición como de revisión de su adecuación al ordenamiento y de su calidad normativa, así como a emitir conceptos en los más variados temas a petición de la administración, caracterizados por sustentarse en “el peso de la razón y no por la fuerza de la ley”<sup>56</sup>, como ha sido su papel desde sus orígenes<sup>57</sup>, sino a cumplir una misión de orientación de la actividad del Estado para ajustarla al derecho, e incluso a ejercer una especie de control preventivo y de rol moderador de muchas de sus actuaciones, que contribuye a la prevención del contencioso constitucional y legal, y en el último tiempo incluso, específicamente, a la prevención de litigios entre entidades públicas<sup>58</sup>.**

56.

En un célebre informe anual señalaba su presidente presidentePresidentePresidente, Francisco Rubio Llorente, que “El Consejo de Estado español prefiere que sus dictámenes se acepten por el peso de la razón y no por la fuerza de la ley; de ahí que los termine siempre con la fórmula ‘V.E., no obstante, resolverá’, que recuerda el elegante recato con que daban su responsum los jurisconsultos romanos”.

57.

Una importante selección de conceptos significativos se encuentra en Consejo de Estado, Antología jurisprudencias y conceptos Consejo de Estado 1817-2017, Tomo Sala de Consulta y Servicio Civil (Álvaro Namén Vargas, editor y coordinador general de la publicación), Bogotá, Imprenta Nacional, 2018.

58.

Ob. cit. Zambrano Cetina.

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil complementa el control abstracto y concreto de la Constitución que se lleva a cabo por parte de la Corte Constitucional, en la medida en que con la emisión de conceptos y con el ejercicio de la iniciativa legislativa, orienta las líneas de acción gubernamentales hacia el respeto de la Constitución, generalmente con anterioridad a la ejecución de los asuntos gubernamentales y/o la toma de decisiones administrativas relevantes, dándole sentido técnico y dirección constitucional a la actividad que deba ser desplegada.

De este modo, integra una suerte de control constitucional de *cara bifronte*, en el que mientras la Corte Constitucional hace control abstracto y concreto de la Constitución, la Sala advierte con anterioridad sobre eventuales transgresiones a la Constitución y promueve su aplicación en la administración pública a través de los conceptos que emite.

Estos conceptos pueden identificarse como expresión del derecho viviente, entendido como aquel que se consolida a la luz de los acontecimientos y transformaciones sociales, por cuanto ofrecen marcos de interpretación orientadores y relevantes desde la visión doctrinal del órgano consultivo, autorizada y legitimada por su carácter de *auctoritas* nutrido por las dinámicas sociales y que, a su vez, pueden constituirse en fundamento del control abstracto de constitucionalidad.

Este concepto del derecho viviente se traduce en la tesis según la cual la Constitución de 1991 es un pacto que vive, pues se adapta a las necesidades de una sociedad que se transforma y, en consecuencia, precisa de la renovación constante de los acuerdos. Esto se hace posible a través de distintas interpretaciones, a la luz de su espíritu y de sus soportes esenciales, por lo que no se trata de una sustitución de esta.

En ese contexto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en ejercicio de las funciones que le han sido asignadas, como parte de la Rama Judicial, está obligada a realizar análisis completos y rigurosos de los asuntos que le son puestos a su consideración. Este deber nace en la Constitución y se nutre de ella, pues como norma de normas, es la fuente de validez de todo el sistema jurídico colombiano.

Así entonces, la tarea encomendada no se restringe al estudio rígido del texto de disposición legal sometida a consideración de la Sala, sino que se materializa al examinar su significado, posición y función dentro del entramado jurídico; así como su aplicación, a través de las herramientas de la hermenéutica, en armonía con la Carta. En otras palabras, la Sala tiene como propósito servir de faro en zonas de penumbra, para que la Administración mantenga un rumbo determinado, dentro del cauce constitucional.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en sus pronunciamientos es autónoma y por ello tiene un amplio margen para abordar el análisis de los temas jurídicos sometidos a su autoridad, con fundamento en la pretensión de corrección jurídica y normativa basada en argumentos que tienen la fuerza del *auctoritas*. Esto les otorga un carácter vinculante, en sentido débil, pues, aunque estrictamente sus decisiones no son obligatorias, apartarse de un concepto emitido por la Sala implica, de todas maneras, un ejercicio interno de justificación.

En la misma línea, cabe señalar que este cuerpo colegiado no está limitado a pronunciarse en un área precisa del derecho. Su ámbito de competencia es amplio, en la medida en que la función consultiva en asuntos de la administración abarca todas las áreas jurídicas, y esto no

contraviene, interfiere o desplaza, en manera alguna, las competencias dadas a autoridades jurisdiccionales, pues no se trata de funciones excluyentes.

Tratándose de las limitaciones al ámbito de consulta de la Sala, la Corte Constitucional ya tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia C-636 de 1996, a propósito de la demanda contra el numeral 2 del artículo 98 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), modificado por el artículo 38 de la Ley 270 de 1996, de la Ley 270 de 1996, que en su numeral 1 señalaba dentro de las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil la siguiente:

**Absolver las consultas jurídicas, de carácter constitucional y administrativo, generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional...**

En aquella oportunidad, la Corte declaró inexecutable la limitación del ejercicio de la consulta solo al ámbito administrativo y constitucional, con base en el siguiente argumento:

**[...] encuentra la Corte que el numeral 1 del artículo bajo análisis establece la posibilidad de que la citada sala absuelva las consultas jurídicas de carácter constitucional o administrativo que le formule el gobierno por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Se trata de una facultad que, en principio concuerda con el artículo constitucional citado. Sin embargo, debe anotarse que el señalar que dichas consultas serán únicamente de carácter constitucional o administrativo, se torna en una limitación inconstitucional, no prevista en el artículo 237-3 superior, la cual impide que se solicite el concepto de esa Corporación sobre otro tipo de materias —por ejemplo, penal, civil, laboral, agrario, ambiental— en aquellos casos en que se requiera a propósito de los asuntos de la administración. Se declarará, entonces, la inexecutable de la expresión ‘de carácter constitucional y administrativo. [Subrayas fuera de texto].**

En ese sentido, si bien los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los de la Sala de Consulta y Servicio Civil tienen una naturaleza jurídica diferente y un alcance expansivo muy distinto, coinciden en algunos aspectos elementales en sus propios ámbitos de influencia: la variedad de temas a tratar, como se mencionó; la posibilidad de plantear interpretaciones ajustadas a la Carta en la resolución de problemáticas y vacíos en el ordenamiento; y la potencialidad de materializar derechos. Esta situación permite que, de algún modo, se trate de funciones que se complementan.

En efecto, el Tribunal Constitucional ejerce, entre otras funciones, un control abstracto de constitucionalidad con efectos *erga omnes* sobre las leyes y los actos legislativos, con fuerza vinculante, que se concentran en revisar si las disposiciones jurídicas se ajustan a la Carta, y determina si deben permanecer o no en el ordenamiento jurídico, bien sea a través de una decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, por su parte, al dar respuesta a las inquietudes del Gobierno Nacional, frente a un asunto en concreto, emite un concepto en el que puede

valorar o interpretar el alcance normativo o la aplicación de normas existentes en el ordenamiento jurídico. Sus conceptos son orientadores y tienen como propósito apoyar y fortalecer la labor de implementación o entendimiento de la Constitución viviente y del sistema jurídico en la labor gubernamental, por lo que su naturaleza difiere competencial y teleológicamente de los deberes atribuidos al Alto Tribunal, pero al final se complementan y enriquecen mutuamente.

La labor de este cuerpo consultivo, sumada a que los tiempos de respuesta a los requerimientos en los conflictos de competencia, y a los del Gobierno Nacional en las consultas sobre temas vitales, incluidas las de precaver litigios o poner fin a uno existente, se enmarcan en plazos de respuesta razonables, que posibilitan que se adopten medidas de carácter oportuno, que ofrezcan soluciones ciertas y efectivas a las problemáticas. Este hecho favorece que se evite la denegación de justicia o la vulneración de derechos constitucionales, lo cual, sin duda, contribuye a descongestionar la justicia contencioso-administrativa.

De este modo, el supremo cuerpo consultivo del Gobierno, cuya labor es en esencia dogmática, tiene como propósito aportar visiones y análisis jurídicos desde la esfera constitucional hasta la legal, dentro del ámbito administrativo, muchos de los cuales, a partir de la argumentación jurídica, permiten determinar el alcance normativo de un precepto y garantizar el funcionamiento efectivo del sistema jurídico.

Esto, en consideración a que la aplicación del derecho viviente no está reservada solo a la jurisprudencia, como quiera que la Sala de Consulta y Servicio Civil también es responsable de aplicar la Constitución, y, en consecuencia, interpreta la Carta en sus pronunciamientos, reconociendo las necesidades de la sociedad contemporánea que generan interrogantes al Gobierno, buscando encontrar los caminos más certeros para suplirlas y contrarrestar las causas de las mismas; y, con ese mismo fin, a través de su doctrina, también está autorizada para hacer esa lectura actual y consciente de nuestro pacto social, que evoluciona y se reanuda bajo el manto de los principios y valores consensuados.

En síntesis, se trata entonces de una función consultiva que se ejerce, *mutatis mutandis*, —desde una perspectiva ampliada—, como un control preventivo de constitucionalidad<sup>59</sup>, ejercitado *a priori*, a título de función consultiva preventiva, que complementa el control que el tribunal constitucional está llamado a efectuar *a posteriori*.

---

59.

Ob. cit. Granado Hijelmo, 35.

## 3.2. Principio de separación de poderes: conflictos de competencia como control constitucional a la distribución del poder fijada desde la Constitución

Como antes se mencionó, el ejercicio de la función consultiva, de forma general, se inserta en la dinámica de frenos y contrapesos por cuanto está orientada a la garantía del principio de supremacía constitucional que, desde luego, implica el control al poder político, el cual en el marco de la función consultiva se materializa en los pronunciamientos de la Sala, a través de los que se pretende advertir sobre desajustes en el seno de la función administrativa que evidencian amenazas a la integridad de la Constitución, y en consecuencia, sugieren un curso de acción que los superen.

El sistema de frenos y contrapesos ha sido definido por la Corte Constitucional como una modulación del principio de separación de poderes, el cual integra la colaboración armónica y la concurrencia de controles interorgánicos<sup>60</sup>. En este sentido, de forma general, el ejercicio de la función consultiva permite la garantía al principio de separación de poderes, y se inserta como agente en el sistema de frenos y contrapesos, al orientar a las entidades públicas a través de sus conceptos, para que observen la Constitución en todas sus actuaciones; y al advertir sobre riesgos o amenazas a la integridad de esta, todo ello en ejercicio del principio de colaboración armónica entre entidades públicas y del referido control interorgánico.

Además de lo anterior, se puede observar una materialización mucho más concreta del principio de división de poderes en la función que tiene la Sala, a su vez, de resolver los conflictos de competencias administrativas<sup>61</sup>, que como antes se mencionó, puede incluirse dentro de un concepto amplio de función consultiva. Esto por cuanto es, en últimas, una solicitud de orientación por parte de las entidades públicas hacia la Sala de Consulta y Servicio Civil respecto de la aplicación de las normas que definen los marcos de competencia, resolución que bien puede entenderse como una opinión autorizada, equiparable, desde el punto de vista dogmático a los conceptos, con la diferencia en que los conflictos si tiene carácter vinculante.

El papel de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el ejercicio de dirimir los conflictos de competencia —que involucran debates entre autoridades administrativas y eventualmente aquellas que a su vez desempeñan funciones judiciales—, vendría a ser una garantía al sistema de competencias definido en la Constitución, lo que redundaría en la materialización

60.

Ver Sentencia C-253 de 2017.

61.

Art. 112 núm. 10 Ley 1437 de 2011 modificada por el art. 19 de la Ley 2080 de 2021.

del principio de división de poderes. La decisión de la Sala en cuanto a las dudas o interpretaciones erróneas respecto de las normas de competencia tiene como primer parámetro, la distribución constitucional del poder y la atribución de funciones, de las que se deriva el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Según la doctrina constitucional, el contenido del principio de separación de poderes se divide en 2 tipos: estático y dinámico. El primero se refiere a la delimitación precisa de las competencias y facultades; el segundo, a la necesidad de articular las funciones entre las ramas del poder público, para lograr el cumplimiento adecuado de su misión constitucional, así como impedir los excesos en el ejercicio de las competencias a partir de un modelo institucionalizado de mutuos controles<sup>62</sup>.

El contenido estático de la separación de poderes busca la especialización funcional de las autoridades que integran las ramas del poder público, para lo cual define de manera precisa las competencias y atribuciones de los diferentes órganos, y de esta manera limita su ejercicio. Es por tal razón que desde la Constitución se establece la estructura orgánica del Estado, de forma que tales competencias no se traslapen o confundan, con el propósito de contener la concentración indebida del poder político, lo que a su vez responde a la necesaria garantía del principio democrático y de la libertad individual<sup>63</sup>.

En este sentido, la verificación por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del mantenimiento y la correcta aplicación de esta distribución competencial prescrita por la Constitución resulta ser una arista del control constitucional, que se concentra en el contenido estático del principio de separación de poderes. Y ese ejercicio es también materialización del contenido dinámico de este principio, en la medida en que es expresión de la colaboración armónica entre órganos del Estado.

Quiere decir lo anterior que la Sala se constituye en un agente que juega un rol activo en cada una de las facetas del principio de separación de poderes, pues participa desde la perspectiva estática ejerciendo el control sobre la distribución de competencias que hace la Constitución, insertándose en la dinámica de frenos y contrapesos. A su vez, desde la perspectiva dinámica, participa al constituir ese ejercicio como una aplicación tangible de la colaboración armónica, todo lo cual implica una vigilancia al ejercicio de la función pública desde el respeto a los marcos de competencia que, como se desarrollará más adelante, incide de forma directa en la garantía de derechos fundamentales.

---

62.

Ver Sentencia C-253 de 2017.

63.

Ibid.

### 3. 3. Principio de efectividad de los derechos fundamentales

El principio de efectividad de los derechos fundamentales está directamente relacionado con una administración pública eficaz y eficiente, lo que se materializa en el efectivo cumplimiento de los fines esenciales del Estado a través de unas instituciones públicas que desarrollen la función administrativa con los más altos estándares de calidad, de modernización y de cualificación técnica que les permita responder a las demandas de los sujetos de derecho al servicio de quienes han sido creadas.

Con base en lo anterior, la doctrina constitucional vigente ha señalado la necesidad de que la administración pública cuente con apoyo logístico suficiente para el mejor desarrollo de sus funciones, y la Sala de Consulta y Servicio Civil máximo órgano consultivo del Gobierno y de la administración pública se inserta dentro de ese ámbito de apoyo y asesoría para orientar a las instituciones del Estado en el cumplimiento de sus objetivos misionales que, desde luego, redundan en la materialización de los derechos fundamentales en el marco del Estado social de derecho. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

**La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones. El logro de los objetivos y fines del Estado requieren de una función administrativa eficiente que responda a las exigencias del Estado Social de Derecho<sup>64</sup>.**

---

64.

Ver Sentencia T-068 de 1998.

## 3.4. Principio de la promoción de la buena administración pública

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza y en el artículo II-101 de la Constitución de la Unión Europea, a tenor del cual:

1. **Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.**
2. **Este derecho incluye en particular:**
  - **El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;**
  - **El derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierne, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;**
  - **La obligación que incumbe a la administración a motivar sus decisiones.**
3. **Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros.**
4. **Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.**

Así, el concepto de la buena administración pública se constituye como un derecho para las personas y un deber a cargo de los servidores públicos, que está inmerso en los postulados constitucionales plasmados en los artículos 1, 2, 209, 365 o 366 y, en consecuencia, este es un derecho que también se concreta a través del ejercicio de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en particular la de emisión de conceptos en materia jurídica a solicitud del Gobierno y la administración pública, ya que la esencia de esta función es precisamente la de encausar la función administrativa bajo los supuestos del derecho a la buena administración pública antes descritos.

### 3.5. Prevalencia del interés general: conceptos para precaver litigios

El principio de prevalencia del interés general es una cláusula abstracta que se consagró en el artículo 1 de la Constitución y que tiene fuerza gravitacional en la interpretación y aplicación de todo el texto constitucional, con diferente potencia y grado, según el escenario o supuesto fáctico del que se trate. Es un criterio interpretativo que opera como condicionante de las decisiones de los operadores jurídicos en los distintos ámbitos de la actividad estatal.

La invocación de esta cláusula de acuerdo con lo definido por la Corte Constitucional debe necesariamente orientarse hacia la obtención de los objetivos constitucionales y, a la vez, debe estar mediada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales<sup>65</sup>.

Esta cláusula tiene diferentes formas de concreción, dentro de estas, el correcto ejercicio de la función administrativa y la protección al patrimonio público son de las más claras y tangibles. Respecto de la primera, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

**[...] la excelencia en la gestión, [...] se logra mediante la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad en la actuación estatal, todo ello inscrito en una actitud de servicio a la comunidad por parte de los funcionarios. Ello está contenido en los artículos 209 y 123 de la Constitución como parámetro específico de la función administrativa, y en forma genérica en el artículo primero, en cuanto consagra la prevalencia del interés general, así como en el artículo segundo, en la medida en que establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes [...]**<sup>66</sup> **negrillas fuera de texto.**

Asimismo, sobre la segunda ha sostenido:

**El constituyente de 1991 consagró por diversas vías la importancia de la protección del patrimonio estatal, así por ejemplo, en el artículo 88 se señaló al legislador el deber de establecer las acciones de rigor encaminadas a velar por la protección del patrimonio público, el artículo 267 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, anexo a ello asignó al Contralor General de la Nación, en el numeral 6 del artículo 268, el deber de promover las investigaciones penales o**

---

65.

Ver Sentencia C-053 de 2001.

66.

Ver Sentencia C-713 de 2009.

**disciplinarias contra quienes causen daño patrimonial al Estado y el artículo 277, en su numeral 7, estableció como función del Ministerio Público la intervención en los procesos judiciales y administrativos cuando sea necesaria la defensa del patrimonio público.**

**[...]La jurisprudencia de esta Corte ha tenido oportunidad de referirse al patrimonio público y ha calificado la defensa del mismo como un interés común<sup>67</sup>**

**[...]Y puntualmente concluía:**

**[...]Ha dado, pues, el Legislador, vigencia al principio de protección de los recursos presupuestales de la Nación; ha cumplido con el deber de velar por la intangibilidad de los recursos públicos; ha propendido por(sic) la estricta observancia de la moralidad administrativa y ha dado pleno cumplimiento al mandato contemplado en el artículo 133 de la Carta Política pues, ciertamente, la justicia y el bien común requieren de herramientas que aseguren una mayor eficacia en la defensa del interés colectivo representado en los recursos del patrimonio público<sup>68</sup>.**

Ahora bien, en el marco del Estado social de derecho, emerge una nueva configuración del papel de las instituciones públicas, pues se da una transformación en perspectiva garantista, que lleva a ampliar los márgenes de responsabilidad estatal que se concreta en el art. 90 C.P. Esto como consecuencia del nuevo diseño institucional adoptado desde la Constitución de 1991, que se revierte en un cambio profundo en la cultura jurídica nacional que ha generado una fuerte conciencia ciudadana sobre los derechos y las acciones que permiten su eficacia directa.

De este modo, se da un escenario litigioso creciente, como resultado del desplazamiento de legitimidad de los poderes Ejecutivo y Legislativo, hacia el poder Judicial, sobre el cual hay una percepción generalizada de garante del Estado de Derecho, que ha traído como consecuencia la judicialización de la política, en el sentido de considerar mucho más efectiva una demanda judicial que el trámite administrativo o de proyectos de ley para satisfacer exigencias sociales.

Este fenómeno se ha consolidado con el surgimiento de: (i) litigios estructurales constituidos por casos reiterados o típicos en la agenda de litigio; de la defensa judicial del Estado, cuya causa es el daño derivado de la actividad ordinaria de las entidades y organismos públicos, normalmente circunscrito a la responsabilidad contractual y extra-

67.

Ver Sentencia C-469 de 1995.

68.

Ver Sentencia C-088 de 2000.

contractual del Estado; (ii) en casos de litigio estratégico o litigio coyuntural, del cual se derivan los reclamos de extracción a partir de las “oleadas de litigio” caracterizadas por el surgimiento de nuevas causas litigiosas, que reclaman derechos similares de forma masiva, donde entra en juego el concepto de litigio corporativo o abogacía empresarial como determinante en el proceso de juridificación del daño<sup>69</sup>.

En este último, la causa de las demandas en contra del Estado no es subyacente a su actividad, en el giro ordinario de sus negocios, sino de la actividad legislativa o reglamentaria y/o de defectos técnicos de liquidación o administración, generando escenarios de superproducción normativa, que llevan al acaecimiento de lagunas, ambigüedades o antinomias, que propician un escenario normativo confuso que redundará en la vulneración de derechos.

Esta litigiosidad creciente ha llevado a una seria afectación del patrimonio público en la medida en que las demandas contra el Estado han elevado significativamente el pasivo por contingente judicial, que se traduce tanto en las condenas propiamente dichas como en el costo de los servicios de representación judicial, todo lo cual ha generado un gran impacto el presupuesto de las entidades públicas que tiene como fuente primaria los impuestos que pagan los ciudadanos. Resulta ilustrativo presentar el informe de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) sobre el incremento de demandas y pretensiones en el periodo 2018-2023:

|   | 2018  | 2019                   | 2020                   | 2021                   | 2022                   | 2023                   |
|---|---|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|
| <b>Pretensiones en contra</b>                     | <b>\$400 billones</b>                           | <b>\$426 billones</b>  | <b>\$426 billones</b>  | <b>\$448 billones</b>  | <b>\$560 billones</b>  | <b>\$659 billones</b>  |
| <b>Procesos judiciales</b>                        | 398.064 procesos                                | 405.659 procesos       | 333.021 procesos       | 309.234 procesos       | 332.206 procesos       | 348.236 procesos       |
|   | <b>\$375 billones</b>                           | <b>\$402 billones</b>  | <b>\$401 billones</b>  | <b>\$433 billones</b>  | <b>\$498 billones</b>  | <b>\$601 billones</b>  |
| <b>Estado como demandante</b>                     | 26.547 procesos                                 | 29.520 procesos        | 30.454 procesos        | 44.542 procesos        | 41.892 procesos        | 44.542 procesos        |
|   | <b>\$12,9 billones</b>                          | <b>\$15,7 billones</b> | <b>\$16,2 billones</b> | <b>\$22,2 billones</b> | <b>\$20,1 billones</b> | <b>\$22,2 billones</b> |
| <b>Arbitraje nacional</b>                         | 95 procesos                                     | 60 procesos            | 71 procesos            | 69 procesos            | 27 procesos            | 27 procesos            |
|   | <b>\$6,8 billones</b>                           | <b>\$4,8 billones</b>  | <b>\$3,5 billones</b>  | <b>\$4,3 billones</b>  | <b>\$2,4 billones</b>  | <b>\$2,4 billones</b>  |
| <b>Controversias internacionales de inversión</b> | 11 procesos                                     | 14 procesos            | 16 procesos            | 14 procesos            | 13 procesos            | 14 procesos            |
|   | <b>\$17,7 billones</b>                          | <b>\$20,1 billones</b> | <b>\$21,8 billones</b> | <b>\$10,8 billones</b> | <b>\$59,6 billones</b> | <b>\$56,0 billones</b> |
| <b>Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b> | <b>Casos y peticiones notificados al Estado</b> |                        |                        |                        |                        |                        |
|   | 661   | 667                    | 764                    | 806                    | 897                    | 964                    |
| <b>Procesos interadministrativos</b>              | 1.490 procesos                                  | 1.946 procesos         | 2.200 procesos         | 1.940 procesos         | 1.825 procesos         | 1.803 procesos         |
|   | <b>\$2,6 billones</b>                           | <b>\$4,3 billones</b>  | <b>\$4,4 billones</b>  | <b>\$5,6 billones</b>  | <b>\$5,2 billones</b>  | <b>\$5,6 billones</b>  |

**Nota:** se excluyen 2 procesos judiciales de \$104,5 billones y de \$4.244,8 billones por ser valores atípicos que pueden producir inferencias sesgadas debido a su alto valor económico.

**Fuente:** eKOGUI al 30 de junio de 2023.

## 69.

Centro de Investigaciones Dejusticia. ¿Justicia Mediante Litigio? Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado. Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal "gestión jurídica de la nación". Investigadores principales: Helena Alviar García, Diego López Medina, César Rodríguez Garavito, 146 y siguientes.

Es de resaltar que este escenario no abarca solamente las demandas ciudadanas contra el Estado, sino que también, a partir de la cláusula de responsabilidad del Estado por daño antijurídico del artículo 90 de la C.P., se propicia el litigio entre entidades públicas que puede darse como consecuencia de casos de responsabilidad concurrente, o de fallas administrativas en la suscripción de contratos y/o convenios interadministrativos, o de marcos jurídicos ambiguos y/o regímenes de competencia confusos. Este escenario catalogado por la ANDJE como de litigio interadministrativo presenta las siguientes cifras:

## *Litigios interadministrativos*



## *Litigios entidades territoriales*



Desde este punto de partida, surge la necesidad de consolidar un modelo claro y efectivo que oriente la gestión pública hacia la defensa del interés público con base en 2 ejes fundamentales: el primero de ellos es la prevención del daño antijurídico con medidas de intervención administrativa, que van desde garantizar el ejercicio de la gestión pública dentro del marco constitucional y legal. El segundo eje será el de defensa judicial, en el que se realiza el diseño de estrategias de defensa calculadas que eviten condenas judiciales o atenúen su impacto.

Y es allí que cobra gran importancia el papel de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el ejercicio de las funciones consagradas en los numerales 6<sup>70</sup> y 7<sup>71</sup> del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, en particular, esta última referida a la emisión de conceptos para precaver litigios entre entidades públicas o poner fin a uno ya existente.

Con esta norma, el legislador pretendió que las consultas que se formulen a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en ejercicio de esta atribución, abarquen aquellas controversias entre entidades públicas que se encuentren en conocimiento de un juez, por haberse trabado un litigio judicial, o aquellas que puedan derivar en uno.

Esta intermediación de la Sala de Consulta y Servicio Civil entre las entidades en conflicto canaliza el interés de resolver las controversias jurídicas de forma previa a la judicialización de las mismas o de aquellos litigios en curso, facilitando un escenario ágil y eficaz en virtud del principio de economía que orienta la función pública, en los términos del artículo 209 constitucional.

Además, pretende consolidar una coadyuvancia en la resolución de la controversia trabada entre entidades públicas, que propenden por la disminución de la litigiosidad y el restablecimiento del principio de colaboración armónica entre entidades públicas cuando se ha fracturado. Ha señalado al respecto la Sala:

**En este sentido, es importante señalar que, cuando la Sala emite un concepto para ayudar a resolver las controversias jurídicas existentes entre entidades del Estado, i) materializa el principio de colaboración armónica, ii) busca la salvaguarda de los recursos públicos, iii) la eficiencia en el cumplimiento de las actividades del Estado iv) disminuye la congestión judicial y los costos del proceso, y, v) en general, la satisfacción de las necesidades del servicio público bajo el derecho fundamental a la buena administración<sup>72</sup>.**

Todo lo anterior permite reducir el impacto que el costo de las demandas en contra del Estado tiene en el presupuesto público y, en consecuencia, viabiliza una redistribución de recursos, que incrementa la inversión social para la realización de los fines esenciales del Estado en cuanto a la garantía de derechos fundamentales y derechos sociales se refiere.

Para citar un ejemplo concreto, se puede referir el concepto PL-00003 de 2021, consejera ponente Ana María Charry Gaitán, suscitado a partir de una controversia entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), y el municipio de Chacha-

70.

Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política.

71.

Emitir concepto, a petición del Gobierno Nacional o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en relación con las controversias jurídicas que se presenten entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial, con el fin de precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente. El concepto emitido por la Sala no está sujeto a recurso alguno. [...]

72.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos del 16 de diciembre de 2019. Exp. 2019-00126 (00002 PL) y del 30 de junio de 2022. Exp. 202200066. En estos conceptos la Sala explica la evolución normativa de la función de precaver litigio y poner fin a las controversias.

güí (departamento de Nariño), en relación con el cobro coactivo que dicho municipio realiza contra la Aerocivil, por el impuesto predial relacionado con los inmuebles en donde opera el aeropuerto Antonio Nariño.

Con la expedición de dicho concepto, no solo se materializó la protección del patrimonio público en la suma del embargo que estaba en controversia que ascendía a los \$7.138.156.980, sino que además, al precaver el litigio potencial se logró reducir el contingente judicial, por cuenta de las pretensiones del eventual proceso ante la jurisdicción que seguramente serían mayores a esa cifra inicial al incluir criterios como el de corrección monetaria, los gastos de representación y las costas procesales, además de los recursos no cuantificados que normalmente se circunscriben al desgaste administrativo que se da al asumir un litigio que fácilmente puede durar años, que implica la disposición de recurso humano y de infraestructura para atender el proceso, todo lo cual al final implica una merma en inversión social para la garantía de derechos fundamentales.

En conclusión, con el cumplimiento de esta función, la Sala de Consulta y Servicio Civil participa en el cumplimiento del mandato constitucional de protección al presupuesto público como forma de concreción del principio general de prevalencia del interés general sobre el particular aplicando de forma concreta y tangible la Constitución.

### 3.6. Principios de la función administrativa

Este ha sido un tema de gran desarrollo en los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil. El artículo 209 de la Constitución definió el marco dentro del cual se debe desarrollar la función administrativa que está condicionada a los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, que son transversales a toda la administración pública, razón por la cual, sus condiciones de aplicación y de optimización tendrán alcances distintos, según el sector administrativo del que se trate.

Estos principios orientan la función consultiva en su propio ejercicio y además son un criterio orientador que siempre subyace la emisión de conceptos por parte de la Sala de Consulta.

Son diversos los pronunciamientos emitidos sobre esta temática, pero vale la pena destacar, por ejemplo, el análisis efectuado en relación con el régimen contractual de las entidades financieras y aseguradoras estatales, de acuerdo con el cual, no obstante a su actividad contractual no le es aplicable la Ley 80 de 1993 —Estatuto General de la Contratación Estatal— no están exentas de la aplicación de las disposiciones de derecho público pues, les aplican los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades<sup>73</sup>.

---

73.

Este mismo criterio se aplica a las empresas industriales y comerciales del Estado, y en general a toda la contratación estatal con independencia del régimen jurídico que le sea aplicable a las entidades contratantes<sup>74</sup>.

### 3.7. Principio de estructura orgánica del Estado

Este es otro principio de especial atención por parte de la Sala de Consulta y de frecuente pronunciamiento a solicitud del Gobierno, que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional y que subyace a los pronunciamientos de la Sala de Consulta:

**La parte orgánica de la Carta Política definió la estructura general del Estado, a través de la previsión de las Ramas del Poder Público y los órganos autónomos, a los cuales singularizó y caracterizó mediante la identificación de las autoridades que los conforman; la asignación de competencias; y el diseño de los mecanismos de interacción e incidencia entre los poderes públicos<sup>75</sup>.**

### 3.8. Conflictos de competencia como presupuesto de materialización de derechos fundamentales

El trámite de los conflictos de competencia, además de integrar, como se dijo antes, una variante del control constitucionalidad enfocado en los marcos de competencia definidos en la Constitución, vistos desde la perspectiva más general y abstracta, deriva a partir de esta, en una materialización concreta de derechos fundamentales.

Así como el ejercicio de la función consultiva en el marco de la emisión de conceptos se integra al control constitucional abstracto de forma complementaria, preventiva y a priori, los conflictos de competencia también vendrían a consolidarse como un instrumento complementario del control constitucional, pero esta vez, en el ámbito del control concreto, el cual se circunscribe a la garantía de derechos fundamentales en casos particulares y específicos.

---

74.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-000558-00. Número interno 2335.

75.

Ver Sentencia C-306 de 2019.

Lo anterior, por cuanto en la resolución del conflicto de competencia la Sala de Consulta y Servicio Civil determina, de forma clara y unívoca, cuál es la autoridad que debe garantizar los derechos fundamentales comprometidos en el trámite de la actuación administrativa. De esta forma, dicha definición de competencias, desde la perspectiva de un control concreto, se da también como un control complementario y previo a la judicialización del asunto, en la medida en que *ex ante* está precisando, ya sea por duda o errónea interpretación de una regla competencial, cómo debe esta finalmente aplicarse y cuál es la autoridad administrativa que debe actuar.

En consecuencia, se garantizan, además de los derechos subjetivos materiales comprometidos en la actuación administrativa como tal, los derechos subjetivos procesales<sup>76</sup> que versan sobre la posibilidad de accionar o acudir frente al Estado para la satisfacción de una pretensión. Estos se encuentran en el núcleo del derecho al acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 C.P.), además del derecho al debido proceso en general (art. 29 C.P.) que implica: (i) el derecho al juez natural o funcionario competente; (ii) el principio de legalidad y (iii) el derecho a la legítima defensa. Así lo ha señalado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

**[...] el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es una garantía para equilibrar la relación autoridad - libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial. Según el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos: i.) El derecho al juez natural o funcionario competente; ii.) El derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa y, iii.) Las garantías de audiencia y defensa, que, desde luego, incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de non bis in ídem<sup>77</sup>.**

Y el derecho al debido proceso administrativo, en particular, que es uno de los pilares del derecho constitucional, consistente en la facultad que tiene una autoridad para ejercer

76.

Toscano López, F. H. (2013). Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal. *Revista de derecho privado*, (24), 237-257.

77.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00163-01(19138)

una función en determinada materia, dentro de un ámbito territorial y durante cierto tiempo, que busca “asegurar el correcto funcionamiento de la administración y la validez de sus propias actuaciones, así como proteger los derechos a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”<sup>78</sup>.

De forma más específica, la resolución de un conflicto de competencias administrativas materializa los principios de legalidad, seguridad jurídica y los prescritos en los artículos 2, 6, 29, 113 y 209 de la Constitución Política, de conformidad con los cuales los servidores públicos están sujetos a la Constitución, la ley y el reglamento, y está proscrita su omisión o extralimitación.

En ese ejercicio de funciones, el debido proceso, que se irradia sobre los procedimientos y pronunciamientos en el ámbito administrativo, los conmina a que activen el mecanismo previsto por el Legislador para resolver la controversia ante el conflicto de competencia, bajo una lógica de coordinación y colaboración armónica, y se informe al respecto a las personas interesadas para que puedan ser partícipes en las decisiones que los afectan.

De este modo, cuando una autoridad atiende de manera correcta y oportuna sus competencias, viabiliza la materialización efectiva de los intereses generales y particulares comprometidos, considerando que, una vez se ha emitido una decisión y esta se encuentra ejecutoriada, resulta exigible su cumplimiento. En contraste, el desconocimiento de la competencia por acción o por omisión implica, en el primer caso, que el acto nazca, no obstante, estará viciado de nulidad; y, en el segundo, que se produzca un eventual bloqueo o parálisis institucional, bien por la mera desatención de las funciones, o bien por el rechazo o reclamo manifiesto de las mismas.

En esa medida, el análisis de la competencia debe realizarse *ab initio* de la actuación administrativa, y cuando se advierta la incompetencia para actuar por 2 o más entidades simultáneamente o, al contrario, cuando estas reclamen al mismo tiempo las facultades para pronunciarse, en ese mismo instante, es su deber promover la resolución del conflicto de competencias y es un derecho de las personas comprometidas con cada asunto, no solo ser informadas del conflicto y presentar consideraciones, sino que además se encuentran facultadas para promover directamente la resolución de la controversia.

Es de resaltar esta última característica de los conflictos de competencia pues, en efecto, se trata de una habilitación a la ciudadanía para ejercer el control sobre el efectivo cumplimiento de las normas de competencia definidas a partir de la ingeniería constitucional, y del efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales derivado de estas. Es entonces, esta facultad —la de acudir como ciudadano ante la Sala para solicitar la resolución de un conflicto de competencias en el que una persona se encuentra involucrado frente a entidades administrativas—, una apertura democrática que permite la participación ciudadana directa en el sistema de control constitucional, en cuanto a la garantía y efectividad del debido proceso. De hecho, a pesar de ser muy desconocida, viene a complementar las vías

---

78.

Ver Sentencia T-183/2023.

más reconocidas como lo son: el control abstracto mediante las demandas de inconstitucionalidad y el control concreto en sede de tutela, que es más afín desde luego, por tratarse de una revisión caso a caso.

En este sentido, la labor de la Sala de Consulta y Servicio Civil en ejercicio de esta función, implica el ejercicio de un control complementario y previo de competencias, que tiene como presupuesto el enfoque de derechos y que se ejerce de forma concreta caso a caso.

Dentro de los supuestos fácticos que se presentan de forma reiterada se pueden mencionar los conflictos de competencia en el marco del trámite de los procedimientos administrativos de restablecimiento de derechos regulados por el Código de la Infancia y la Adolescencia donde se encuentran involucrados los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes; los relativos al reconocimiento y pago de diferentes modalidades de pasivos pensionales en garantía del derecho fundamental a la pensión y a la seguridad social; también aquellos concernientes al derecho de petición; algunos en relación con el alcance de la autonomía indígena respecto a controversias por temas de derecho de familia o ambientales; las garantías al debido proceso y al juez natural en materia disciplinaria en tratándose de investigaciones de distintos funcionarios públicos, entre otros.

## 4.

# Constitucionalización de la función consultiva: la Sala de Consulta y Servicio Civil como máximo agente del Gobierno y la administración pública que interpreta, desarrolla y promueve el cumplimiento de la Constitución

En el apartado anterior se ha expuesto como en el marco de constitucionalización de la función consultiva, se puede caracterizar el rol de la sala como receptor del mandato constitucional en el ejercicio propio de sus funciones que se constituye en sí mismo como un desarrollo de los principios constitucionales.

En lo que sigue se pone de presente, sin pretensión de exhaustividad, de qué forma la Sala de Consulta ejerce un rol de emisor del mandato constitucional a través de sus pronunciamientos cuando interpreta y desarrolla la Constitución para orientar a la administración pública frente a las dudas que en el giro ordinario de sus negocios puedan surgir y se decanten tales cuestionamientos en líneas de acción conformes a los postulados constitucionales.

Tanto en los conceptos como en la definición de los conflictos de competencia, la Sala de Consulta aborda en mayor o menor medida el enfoque constitucional, aunque en todo caso este es la premisa subyacente de su gestión. Este ejercicio de interpretación y promoción del cumplimiento de la Constitución abarca tanto la carta de derechos como la parte orgánica como a continuación se expone.

## 4.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida ha sido objeto de análisis en diversos pronunciamientos de la Sala, en los que se retoma el precedente constitucional respecto de su ámbito de protección y las diferentes facetas que lo integran.

En este sentido, se ha hecho énfasis en su primacía e inviolabilidad, ya sea como valor, como principio o como derecho, comoquiera que la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. En consecuencia, la protección a la vida es un fin esencial del Estado e impone a las autoridades públicas el deber de proteger la de todos los residentes en Colombia y el artículo 11 consagra su inviolabilidad en tanto se trata de un derecho fundamental.

Igualmente, ha reconstruido el precedente constitucional y con base en este ha puesto de presente que el derecho a la vida tiene 2 ámbitos vinculantes para el Estado: uno de respeto y otro de protección, y que conforme a estos las autoridades públicas están obligadas a: (i) abstenerse de vulnerar el derecho a la vida; (ii) evitar que terceras personas lo afecten y (iii) actuar con celeridad para que la amenaza al derecho a la vida no siga perturbando la actividad del ciudadano que busca protección, sin importar que estas provengan de la delincuencia común, de grupos armados al margen de la ley o, incluso, del propio Estado<sup>79</sup>.

## 4.2. Derecho a la igualdad

Este derecho tiene un efecto gravitacional en todo el sistema jurídico y por ello condiciones de aplicación y niveles de optimización según se trate de uno u otro escenario constitucional y/o legal.

En este sentido, son varios los pronunciamientos que lo abordan en distintas materias tanto desde una perspectiva general dogmática como desde una visión particular concerniente a su materialización en cada caso concreto.

Sobre el concepto, la Sala de Consulta ha señalado que 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 de este, 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<sup>80</sup>.

79.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00036-00

80.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00196-00

Para aterrizar a un caso particular, se puede destacar aquel referido a la indemnización de víctimas en el marco de la justicia transicional, en aplicación del principio de igualdad se concretó la metodología para la distribución de recursos destinados al pago de indemnizaciones definiendo como regla orientadora aquella según la cual 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 solo cuentan con una mera expectativa para ser reconocidas como tales, lo cual depende de las resultas del respectivo proceso<sup>81</sup>.

Otro caso para referenciar es el de la implementación de un porcentaje mínimo de participación femenina cuando se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta en desarrollo del enfoque de equidad e igualdad de género<sup>82</sup>.

Algunos otros temas analizados por la Sala de Consulta bajo la óptica de la aplicación del derecho a la igualdad son: excepción a la regla general de igualdad de ingreso base de cotización a pensiones y salud para algunos servidores de la rama Judicial<sup>83</sup>; la calificación de la capacidad financiera de unión temporal<sup>84</sup>; y la aplicación del principio de igualdad frente a las cargas públicas en particular la del pago de impuestos<sup>85</sup>.

### 4.3. Derecho a la libertad

Respecto el derecho a la libertad, la Sala de Consulta al carácter esencial que tiene dentro del ordenamiento jurídico, su marco de protección dado desde el preámbulo de la Constitución y las condiciones admisibles para su limitación.

Colombia se encuentra constituida como un Estado social de derecho y, por lo tanto, debe brindar a sus asociados las garantías necesarias para la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de 1991. La libertad es uno de estos derechos protegido constitucional y legalmente. Desde el mismo Preámbulo, en “ejercicio del poder soberano”, se asegura la libertad a los integrantes del Estado colombiano junto con otros derechos como el derecho a la vida.

---

| 81.     | 82.   | 83.  | 84.   | 85.   |
|---------|---|--|---|---|
| Ibidem. | Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2011-00040-00. Número interno 2064. | Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2005-001688-00. Número interno 1688. | Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD2002-N1391 1391. | Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 310-CE-SC-EXP1994-N637. |

El artículo 34 de la Carta Política prohíbe la cadena perpetua. A su turno, los artículos 28 y 32 *ibidem* han establecido las condiciones en las que una persona puede ser aprehendida y sometida a prisión y arresto (principio de legalidad). En consideración a los artículos anteriores, para que una persona pueda ser detenida debe proceder una orden de captura emitida por la autoridad competente, o ser aprehendida en flagrancia, caso en el cual su captura puede hacerla cualquier ciudadano, con la obligación de remitirla de inmediato a las autoridades correspondientes.

Trae a colación la Sala que, según los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, forman parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, se consideran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, entre otros, los cuales convierten al Estado Colombiano en garante de las personas privadas de la libertad, de manera que debe asumir deberes específicos de respeto y garantía de sus derechos fundamentales. Por lo demás, el Estado colombiano está en el deber de brindar un sistema que garantice el respeto a la dignidad humana, y cuya función principal sea la resocialización y la rehabilitación de aquellas personas que se encuentran detenidas, mediante las instituciones encargadas para tal fin, desde el momento de la captura o entrega del detenido o condenado hasta el instante en que readquiera su libertad<sup>86</sup>.

De forma particular puede hacerse referencia a la discusión en relación con la obligación de atender, proteger y trasladar a las personas privadas de la libertad por parte de las instituciones en las que se encuentran reclusas, especialmente, si se trata de detenciones de carácter temporal, a partir de lo cual surgieron algunos conflictos de competencia administrativa entre la Policía Nacional y el Instituto Nacional Penitenciario (INPEC).

En este caso específico, la Sala precisó que, una vez se imponga la medida de aseguramiento o la sentencia condenatoria, el funcionario judicial a cuyas órdenes se encuentre el procesado lo entregará inmediatamente en custodia al INPEC o a la autoridad del establecimiento de reclusión que corresponda. Aclaró además que, la custodia “incluye los traslados, remisiones, desarrollo de audiencias y demás diligencias judiciales a que haya lugar”. Esto sin perjuicio del acompañamiento para los traslados que pueda prestar la Policía Nacional, siempre y cuando exista un requerimiento previo por parte del INPEC que deberá evaluarse por aquella entidad<sup>87</sup>.

La Sala de Consulta también analizó este derecho en el ámbito de la competencia del Congreso para derogar normas y como esta se deriva no de un conflicto normativo sino del ejercicio de la libertad política del legislador<sup>88</sup>.

86.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00146-00.

87.

*Ibidem*.

88.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2015-00127-00.

Otra faceta del derecho de libertad analizada por la Sala de Consulta es la referida a la libertad religiosa y de cultos. Respecto de este derecho abordó diferentes cuestiones, en esencia analizó las dimensiones que integran el derecho; el alcance de la reserva estatutaria que lo protege y de la facultad de inspección, vigilancia y control atribuida al Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior.

Concluyó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la reserva de ley protege el núcleo esencial del derecho y cede a la ley ordinaria los aspectos accesorios, instrumentales o de detalle.

En cuanto al ejercicio de la inspección y vigilancia, puntualmente señaló que se centra en lo concerniente al reconocimiento de personería jurídica de las instituciones religiosas y a la verificación del ajuste de las reformas estatutarias a las Leyes 25 de 1992 y 133 de 1994 y las demás que las modifiquen o reglamenten<sup>89</sup>.

## 4.4. Derecho a la seguridad social

Sobre el derecho a la seguridad social, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse tanto en conceptos como en conflictos de competencia, ya que es un derecho que ha venido en proceso de evolución y desarrollo desde la expedición de la Constitución de 1991.

Dentro de las diferentes aristas que se derivan de este derecho, la Sala se refirió al alcance los principios de principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que lo integran y al concepto mismo al señalar que la Constitución Política consagró en el artículo 48 el marco de regulación de la seguridad social, entendida como un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable de rango constitucional, sujeto entre otros, a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como el sistema de seguridad social integral tiene como objetivo, en el marco del Estado social de derecho, otorgar garantías irrenunciables a la salud, la dignidad humana y el mínimo vital a través de los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios, los cuales protegen de las contingencias que afectan la vida de las personas. Bajo estas consideraciones, la seguridad social es un servicio público de carácter esencial en cuanto a la salud y al reconocimiento y pago de las pensiones, prestado bajo la dirección y supervisión del Estado, que ampara a la población en las diferentes etapas de la vida de las contingencias o riesgos relacionados con la salud, la integridad personal, el trabajo, la vejez, la invalidez y la muerte<sup>90</sup>.

---

89.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2014-00124-00. Número interno 2214.

90.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00096-00

Todo lo anterior con ocasión de una consulta que pretendía determinar si era procedente o no que el Ministerio de Transporte contratara una póliza de seguro de vida colectivo en favor de los servidores públicos del Ministerio y sus familias a partir de lo dispuesto en los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 3135 de 1968<sup>91</sup>.

La conclusión en este caso se sustenta en el art. 122 de la Constitución, según el cual los servidores públicos deben basar siempre sus actuaciones administrativas en normas jurídicas que les permitan realizarlas. Por ende, el amparo del riesgo de muerte de los servidores públicos, otorgado por los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 3135 de 1968, perdió sustento legal en la medida en que estas normas fueron derogadas de manera expresa y tal beneficio quedó a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993. De manera que no resulta viable jurídicamente que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo para amparar a sus servidores públicos, dado que no existe una norma que lo autorice expresamente a efectuar la contratación de dicho seguro como un beneficio adicional a las prestaciones cubiertas por la mencionada Ley 100. El Ministerio de Transporte necesitaba una norma legal que le confiriera la facultad para adquirir tal seguro. Al no existir una norma habilitante en ese sentido, era claro que el Ministerio no lo puede hacer, so pena de infringir el principio de legalidad de las actuaciones administrativas

## 4.5. Derecho a la paz

En relación con este derecho, la Sala estudió de forma particular (i) la facultad del Congreso para refrendar el acuerdo de paz logrado con las FARC-EP (ii) los límites temporales el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, llamado comúnmente “Tránsito Rápido” o “Fast Track”, para el trámite ágil y abreviado en el Congreso de la República de los proyectos de acto legislativo y de ley necesarios para la implementación del Acuerdo Final de Paz. Fue instituido mediante el Acto Legislativo número 1 del 7 de julio de 2016, lo cual se expondrá en detalle más adelante.

## 4.6. Derecho de petición

En el marco de los conflictos de competencia, se han dado varias discusiones en torno a este derecho fundamental. La Sala de Consulta se pronunció, por ejemplo, en relación con las distintas tipologías de peticiones, caracterizando cada una de estas y estableciendo sus rasgos distintivos. De este modo, precisó las características del derecho de petición en interés general y particular, así como de la consulta<sup>92</sup>.

91.

Ibidem.

92.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00101-00.

Sobre este derecho, la Sala también precisó las reglas de procedimiento a las que están sometidas cada una de estas variantes de petición, y en particular definió aquel que procede cuando la solicitud es recibida por una autoridad no competente, haciendo énfasis, en todo caso, en la existencia de una regla general de competencia aplicable a las autoridades (entendidas estas como las define el inciso primero del artículo 2 del CPACA), para responder las consultas que les formulen los ciudadanos (particulares o servidores públicos) en relación con los asuntos que se relacionen directamente con sus fines y sus funciones.

## 4.7. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes

El desarrollo del principio *pro infans* está muy presente en los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de manera particular en los conflictos de competencia que surgen en el marco de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos. En este marco, las decisiones de la Sala se orientan siempre desde el enfoque que privilegia el interés superior del menor que tiene carácter prevalente de acuerdo a lo estipulado por el artículo 44 de la Constitución<sup>93</sup>.

## 4.8. Derecho al debido proceso

Sobre este derecho, la Sala ha emitido varios pronunciamientos en diferentes supuestos fácticos toda vez que tiene un amplio margen de aplicación en todas las actuaciones administrativas e involucra distintos escenarios de protección.

Algunos de esos escenarios a destacar podrían ser: (i) los procesos sancionatorios en materia contractual<sup>94</sup>, (ii) el ejercicio de la facultad disciplinaria<sup>95</sup>, (iii) formación del expediente administrativo<sup>96</sup>, (iv) el ejercicio de funciones inspección, vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro<sup>97</sup>, (v) procesos administrativos de restablecimiento de derechos<sup>98</sup>, (vi) procesos sancionatorios por infrac-

---

| 93.   | 94.   | 95.  | 96.  | 97.  | 98.  |
|---|---|--|--|--|--|
| Consejo de Estado.<br>Sala de Consulta<br>y Servicio Civil.<br>No. de Radicado<br>11001-03-06-000-<br>2016-00171-00.<br>Entre otros | Consejo de Estado.<br>Sala de Consulta y<br>Servicio Civil. No.<br>de Radicado 11001-<br>03-06-000-2016-<br>00160-00. Número<br>interno 2312. | Consejo de Estado.<br>Sala de Consulta<br>y Servicio Civil.<br>No. de Radicado<br>11001-03-06-000-<br>2021-00074-00.<br>Entre otros. | Consejo de Estado.<br>Sala de Consulta<br>y Servicio Civil.<br>No. de Radicado<br>11001-03-06-000-<br>2021-00036-00.<br>Entre otros. | Consejo de Estado.<br>Sala de Consulta<br>y Servicio Civil.<br>No. de Radicado<br>11001-03-06-000-<br>2020-00144-00.<br>Entre otros. | Consejo de Estado.<br>Sala de Consulta<br>y Servicio Civil.<br>No. de Radicado<br>11001-03-06-000-<br>2020-00123-00.<br>Entre otros. |

ciones de tránsito<sup>99</sup>, (vii) derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan<sup>100</sup>, (viii) proceso de responsabilidad fiscal<sup>101</sup>, (ix) funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias de salud y sociedades<sup>102</sup>, (x) jurisdicción indígena<sup>103</sup>, (xi) reglas para la práctica de testimonios de los niños, niñas y adolescentes dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes<sup>104</sup>, (xii) reportes en el boletín de responsabilidad fiscal<sup>105</sup>, (xiii) régimen de inhabilidades e incompatibilidades<sup>106</sup>.

Respecto del derecho al debido proceso, se destaca la labor de la Sala de Consulta y Servicio Civil en la definición de conflictos de competencia en materia disciplinaria, que se dan de forma muy recurrente y en los que se define la autoridad que debe garantizar este derecho. Los supuestos fácticos más recurrentes han sido los siguientes: investigaciones disciplinarias en contra de exfuncionarios públicos<sup>107</sup>; contra de funcionarios de las Superintendencias [funcionarios con funciones jurisdiccionales]<sup>108</sup>; en contra de particulares que ejercen funciones públicas<sup>109</sup>; contra de auxiliares de la justicia<sup>110</sup>; en contra de funcionarios de la Rama Judicial [en especial, antes y después de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial]<sup>111</sup>, entre otros.

---

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
| <p><b>99.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00126-00. Número interno 2445.</p> | <p><b>100.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00120-00. Número interno 2444.</p> | <p><b>101.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00212-00. Entre otros.</p>         | <p><b>102.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00033-00. Entre otros.</p>         |
| <p><b>103.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00117-00. Entre otros.</p>        | <p><b>104.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00048-00. Entre otros.</p>         | <p><b>105.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00154-00. Número interno 2393.</p> | <p><b>106.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00045-00. Número interno 2373.</p> |
| <p><b>107.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00074-00</p>                      | <p><b>108.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00104-00</p>                       | <p><b>109.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00016-00</p>                       | <p><b>110.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2024-00082-00</p>                       |
| <p><b>111.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2023-00873-00</p>                      |   |   |   |

## 4.9. Derecho al trabajo

Respecto del derecho al trabajo, la Sala se pronunció sobre un supuesto fáctico en el que se generó una tensión entre este y la obligación constitucional de definir de la situación militar, previo al acceso al sistema de carrera administrativa.

En este caso, esta tensión se da por una antinomia que se concreta a partir de lo prescrito en el artículo 20 del Decreto Ley 274 de 2000, que exige tener la situación militar definida desde la etapa de inscripción en el concurso para el ingreso a la carrera diplomática, frente a lo señalado por el artículo 42 de la Ley 1861 de 2017, según el cual, las entidades públicas o privadas no podrán exigir al ciudadano la presentación de la tarjeta militar para ingresar a un empleo, y que las personas declaradas no aptas, exentas o que hayan superado la edad máxima de incorporación a filas podrán acceder a un empleo sin haber definido su situación militar. No obstante, a partir de la fecha de su vinculación laboral, estas personas tendrán un lapso de 18 meses para definir su situación militar.

La Sala consideró que la vía idónea para superar tal antinomia es la aplicación de los criterios de interpretación establecidos en las Leyes 57 y 153, ambas de 1887. Específicamente, el criterio cronológico y el criterio de especialidad. Aplicando el principio de proporcionalidad, concluyó que es posible flexibilizar esta exigencia de acreditación de la definición de la situación militar hasta el momento de la posesión una vez superado el periodo de prueba<sup>112</sup>.

## 4.10. Derecho a la educación

Sobre este derecho, la Sala de Consulta analizó de forma general el derecho a la etnoeducación: su definición, naturaleza jurídica, objetivo y régimen jurídico aplicable. Abordando el bloque de constitucionalidad, revisó el alcance de las obligaciones en derivadas del Convenio 169 de la OIT para el país en relación con este derecho.

De forma particular, abordó la cuestión acerca de si, a partir de la suscripción de dicho convenio, surge la exigencia de crear un sistema especial de carrera para los etnoeducadores, y si ese sistema debería ser administrado por una entidad especializada distinta a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La conclusión a la que llegó es que no se deriva del convenio tal obligación y que, si bien es cierto puede crearse un sistema específico de carrera para los etnoeducadores, debe hacerse de acuerdo a lo prescrito en la Ley 909 de 2004, y es la Comisión Nacional del Servicio Civil la entidad que debe administrarlo<sup>113</sup>.

---

112.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00026-00. Número interno 2212.

113.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00107-00. Número interno 2423.

## 4.11. Derecho a la participación ciudadana

Este derecho fue objeto de análisis en el contexto de los acuerdos a los que se llega en procesos de consulta, concertación y diálogo entre el Estado y las comunidades, y el valor jurídico que tienen dichos acuerdos y su exigibilidad concluyendo que se trata de actos previos a las decisiones administrativas que deben materializarse a través de actos administrativos posteriores<sup>114</sup>

## 4.12. Derecho a la salud

La Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un análisis exhaustivo de este derecho en el marco de la crisis generada por la aparición del COVID-19 y el impacto que generó en el país, lo que llevó a tomar una serie de medidas normativas para contrarrestarlo. Se destaca el Concepto 2453 de 2020 que, teniendo en cuenta el precedente constitucional, abordó desde el punto de vista dogmático varias de sus características, a saber: su carácter prevalente, inviolable, autónomo, limitado, sus facetas positiva y negativa.

Asimismo, revisó la Ley 1751 de 2015-Estatutaria de Salud y el alcance de los recursos públicos asignados a la salud. En particular, resolvió la cuestión sobre si la utilización de los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias(FOME), creado como un fondo cuenta para enfrentar la emergencia de la COVID-19, se encuentra sometida a la restricción del literal e del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, según el cual no podrán destinarse recursos para financiar servicios y tecnologías que se encuentren en fase de experimentación, frente a lo cual la Sala concluyó que tal restricción no es aplicable en este caso concreto en virtud del principio de proporcionalidad y acorde con el carácter prevalente del derecho a la vida y la garantía al derecho fundamental a la salud<sup>115</sup>.

## 4.13. Derecho a la pensión

En lo concerniente a este derecho, la Sala de Consulta se ha pronunciado tanto en conceptos como en conflictos de competencia, estos últimos de forma muy recurrente. En sede de consulta, los pronunciamientos se han orientado hacia la definición, funcionamiento y evolución del sistema general de pensiones. En conflictos de competencia, los supuestos fácticos más comunes son aquellos relacionados con el reconocimiento y pago de

114.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00120-00. Número interno 2444.

115.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00195-00. Número interno 2453.

obligaciones pensionales en el caso de instituciones hospitalarias en periodos de tiempo en los que aún no se habían transformado en empresas sociales del Estado; en casos tales como: régimen de transición en pensiones: artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>116</sup>; aplicación de la Ley 33 de 1985: régimen pensional de los servidores públicos<sup>117</sup>; aplicación de la Ley 71 de 1988: pensión por aportes<sup>118</sup>; aplicabilidad de varios regímenes, por virtud de la transición pensional<sup>119</sup>; criterios para establecer la distribución de competencias entre la UGPP y Colpensiones<sup>120</sup>; pensión por cuotas<sup>121</sup>; criterios para determinar la competencia de los fondos territoriales de pensiones<sup>122</sup>, para el reconocimiento de pensiones y otras prestaciones; competencias del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), sustitución pensional o pensión de sobrevivientes<sup>123</sup>; pensión familiar<sup>124</sup>; revocatoria del acto administrativo de reconocimiento pensional para obtener otra pensión; competencia del Fondo de Prestaciones del Congreso de la República (Fonprecón)<sup>125</sup> para el reconocimiento y pago de pensiones; regímenes y casos especiales<sup>126</sup>. Pensión gracia de los maestros<sup>127</sup>; mesada adicional, en el caso de los maestros; servidor público sin aportes de su antiguo empleador; competencia para la expedición de certificados de historia laboral<sup>128</sup>; auxilio funerario<sup>129</sup>; bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales: competencia para su emisión<sup>130</sup>.

---

|   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| <p><b>116.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00044-00</p> | <p><b>117.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00189-00</p> | <p><b>118.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00066-00</p>   | <p><b>119.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00064-00</p> |
| <p><b>120.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00220-00</p> | <p><b>121.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00227-00</p> | <p><b>122.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00044-00</p>   | <p><b>123.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00246-00</p> |
| <p><b>124.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00040-00</p> | <p><b>125.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00059-00</p> | <p><b>126.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00110-00; 11001-03-06-000-2017-00170-00; 11001-03-06-000-2021-00045-00; 11001-03-06-000-2021-00045-00; 11001-03-06-000-2021-00039-00; 11001-03-06-000-2017-00190-00; 11001-03-06-000-2020-00008-00</p> | <p><b>127.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00149-00</p> |
| <p><b>128.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00121-00</p> | <p><b>129.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00162-00</p> |   | <p><b>130.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00154-00</p> |

## 4.14. Derecho fundamental de *habeas data*

En cuanto a este derecho, la Sala de Consulta se pronunció respecto al alcance de su protección en relación con la información personal que administran por un lado, los fondos de pensiones y, por otro, el Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT) autoridades públicas, frente a la a la posibilidad que tiene una entidad administrativa de requerir información en ejercicio de sus funciones legales sin necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado del titular de la información.

En el primer caso, la Sala señaló que los fondos privados de pensiones deben suministrarles a las entidades públicas solo la información que sea necesaria y relevante para determinar la condición de prepensionado, en los términos de la Ley 1955 de 2019<sup>131</sup>; en el segundo, que la adopción de un modelo analítico y el interés por identificar incrementos patrimoniales son instrumentos que, en sí mismos, no justifican el acceso a la información del RUNT por parte de la Procuraduría General de la Nación, puesto que teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la ley y la jurisprudencia, no se cumpliría con el principio de finalidad<sup>132</sup>.

## 4.15. Autonomía universitaria

Respecto de este derecho, el estudio de la Sala de Consulta y Servicio Civil estuvo orientado a determinar su alcance en relación con la posibilidad de crear un régimen propio de inhabilidades e incompatibilidades por parte de las instituciones de educación superior, frente a lo cual la conclusión se decantó por poner de presente que la autonomía administrativa no tiene la entidad suficiente para otorgar a las IES la competencia para establecer en su normativa interna inhabilidades e incompatibilidades para sus servidores, asuntos que tienen reserva constitucional y legal<sup>133</sup>.

## 4.16. Derecho a la verdad

Este derecho fue objeto de estudio por parte de la Sala de Consulta, con el propósito de hacer una reconstrucción de su regulación en la normativa internacional y delimitar su alcance en el marco de las normas que desarrollan el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

---

131.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00138-00. Número interno 2426.

132.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00234-00. Número interno 2458.

133.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00125-00. Número interno 2387.

Se abordó la conceptualización de la Comisión de la Verdad creada dentro del modelo de justicia transicional implementado en el país, y se orientó sobre la forma en que debían llenarse algunos vacíos normativos respecto de esta figura en la normatividad que la regula, de forma específica, la Sala se pronunció sobre la indefinición del plazo otorgado a la Comisión para socialización de su informe final, y los efectos derivados de su definición en materia administrativa y presupuestal respecto de esta entidad, para lo cual aplicó el principio de supremacía constitucional<sup>134</sup>.

## 4.17. Derechos de las víctimas: verdad, justicia reparación y garantía de no repetición

La Sala de Consulta hizo una reconstrucción del concepto de los derechos de las víctimas, del alcance y criterios para determinar la indemnización, señaló los topes de indemnización, analizó las condenas en subsidiariedad y la importancia del nexo causal en lo atinente a la responsabilidad civil en los procesos de justicia transicional<sup>135</sup>.

## 4.18. Derecho al medio ambiente sano

Los pronunciamientos de la Sala respecto de este derecho se han dado en buena medida en el marco de los conflictos de competencia, fundamentalmente en lo relacionado con (i) las corporaciones autónomas regionales (CAR<sup>136</sup>); (ii) autoridades u organismos pertenecientes al sistema nacional ambiental (SINA<sup>137</sup>); (iii) licencias ambientales<sup>138</sup> y (iv) el alcance de las facultades de las autoridades indígenas para ejercer control y vigilancia en relación con el medio ambiente en su territorio<sup>139</sup>.

134.

Consejo de Estado.  
Sala de Consulta y  
Servicio Civil. No.  
de Radicado 11001-  
03-06-000-2021-  
00046-00. Número  
interno 2464.

135.

Consejo de Estado.  
Sala de Consulta y  
Servicio Civil. No.  
de Radicado 11001-  
03-06-000-2017-  
00196-00. Número  
interno 2362.

136.

Consejo de Estado.  
Sala de Consulta y  
Servicio Civil. No.  
de Radicado 11001-  
03-06-000-2021-  
00073-00.

137.

Consejo de Estado.  
Sala de Consulta y  
Servicio Civil. No.  
de Radicado 11001-  
03-06-000-2020-  
00131-00.

138.

Consejo de Estado.  
Sala de Consulta y  
Servicio Civil. No.  
de Radicado 11001-  
03-06-000-2020-  
00179-00.

139.

Consejo de Estado.  
Sala de Consulta y  
Servicio Civil. No.  
de Radicado 11001-  
03-06-000-2019-  
00117-00.

## 4.19. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad

Respecto del bloque de constitucionalidad, en los conceptos 2423 de 2019 y el 2465 de 2021, la Sala abordó el análisis sobre los compromisos derivados del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales para el Estado colombiano en relación con la etnoeducación y el sistema específico de carrera administrativa, como se expuso líneas atrás.

Asimismo, en el concepto 1893 de 2008, los compromisos adquiridos por el Estado colombiano derivados de los Convenios 151<sup>140</sup> y 155<sup>141</sup> para garantía del derecho a la asociación sindical, a la negociación colectiva y a los permisos sindicales.

En relación con el control de convencionalidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha pronunció en el Concepto 461 de 1992 sobre la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH. De manera particular, le fue consultado si las indemnizaciones recomendadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tienen carácter vinculante para el Estado colombiano y cuáles serían las bases y mecanismos legales para satisfacer las reparaciones recomendadas por el organismo interamericano.

En el concepto 2186 de 2014, se revisó una solicitud de concepto sobre la forma en que debía darse cumplimiento a la sentencia expedida por la Corte IDH, la cual condenó Estado Colombiano por la masacre de Pueblo Bello. Las preguntas estuvieron orientadas a determinar (i) la forma en que debían calcularse los intereses de mora y (ii) la posibilidad de reconocer como víctimas a personas que acreditaban el parentesco con las personas fallecidas o desaparecidas en esa masacre solo a través de una partida de bautismo.

Adicionalmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil abordó el estudio de la Convención Americana de Derechos Humanos, más recientemente la Sala de Consulta en el concepto 2500 de 2023 analizó el artículo 23-2, lo anterior a propósito de una solicitud de concepto sobre si debe ser reintegrado, un gobernador electo que se encuentra suspendido con ocasión de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, frente a la posterior decisión judicial de ordenar su libertad, por vencimiento de términos, y cuál sería el procedimiento aplicable tanto en el caso de procedencia del reintegro como en el caso contrario.

Respecto la protección consagrada en el citado artículo 23-2 en el cual señala el alcance y los límites que puede tener la reglamentación de los derechos políticos, la Sala precisó que tal limitación es admisible si se refiere a las condenas judiciales siempre y cuando provengan de un juez penal, como en el caso objeto de consulta, y que, sin embargo, debe tenerse en cuenta que tal garantía no es absoluta.

En el caso particular la Sala concluyó que el Gobierno Nacional debía reintegrar al gobernador elegido, como consecuencia de la decisión de otorgarle la libertad, debido a que no

140.

Sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.

141.

Sobre seguridad y salud de los trabajadores

se encontraba vigente la medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, adoptada inicialmente por la misma corporación judicial.

Lo anterior, siempre que se verificara previamente que, contra el elegido, no existiera otra medida de aseguramiento vigente, dictada en el mismo proceso penal o en otro; una condena, u otra decisión de autoridad competente que justifique legalmente mantener la suspensión, o que genere una inhabilidad sobreviniente para el ejercicio del cargo. Y, para hacer efectiva la decisión, si se cumplen las condiciones indicadas, el Gobierno Nacional debe expedir un decreto mediante el cual: (i) levante la suspensión contra el gobernador; (ii) termine el encargo efectuado para suplir la vacancia; y (iii) ordene el reintegro del gobernador elegido.

El control de constitucionalidad ejercido por el Consejo de Estado viene evolucionando hacia el control de convencionalidad, especialmente desde la expedición de las condenas contra Colombia por el fenómeno de paramilitarismo. En estos fallos se concretó la dogmática sobre los derechos de las víctimas, la reparación integral y los criterios orientadores de la justicia transicional de manera que los estándares de la Convención se constituyen en un criterio relevante del control constitucional<sup>142</sup>.

Sobresale, dentro del control de convencionalidad ejercido por el Consejo de Estado, las referencias dogmáticas y la asimilación del lenguaje técnico derivado de los estándares de protección fijados en la Convención, especialmente en los fallos de la Sección Tercera y de la Sección Quinta, y como antes se expuso en los conceptos de la Sala de Consulta<sup>143</sup>. Incluso para algunos autores es notorio el compromiso de esta corporación con la aplicación del derecho convencional comparado con otras instancias judiciales.<sup>144</sup>

---

142.

Charry Gaitán, A. M., & Quimbayo Duarte, M. C. (2023). Garantías judiciales de la Constitución. Volumen IV, Control de constitucionalidad en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Pág. 45.

143.

Ibidem.

144.

Manuel Fernando Quinche-Ramírez. La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia. *Revista jurídicas*, 13 (1), 43-63.

## 5.

# Desarrollo de la parte orgánica de la Constitución

## 5.1. Competencias constitucionales y legales del Presidente de la República

Este tema ha sido de recurrente consulta a la Sala y se ha pronunciado sobre diversos ámbitos en relación con la órbita de competencia del Presidente, dentro de los que se destacan los siguientes: (i) fusión de entidades financieras públicas o con participación mayoritaria del Estado<sup>145</sup>; (ii) funciones de inspección, vigilancia y control<sup>146</sup>; modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional<sup>147</sup>; (iii) expedición de decretos con fuerza de ley; (iv) potestad reglamentaria en materia de servicios públicos; (v) sanción de leyes<sup>148</sup>; (vi) competencias constitucionales y legales para suscribir acuerdos de paz<sup>149</sup>; decisiones de comparecencia o no comparecencia ante la corte internacional de justicia<sup>150</sup>; (vii) competencia para designar gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá *ad hoc* cuando se acepte un impedimento o recusación de tales funcionarios<sup>151</sup>; (viii) facultad para liquidar entidades públicas<sup>152</sup>; (ix)

145.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00092-00. Número interno 2469. AMCHG

146.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00144-00. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2014-00174-00.

147.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00140-00.

148.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00255-00. Número interno 2411.

149.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00013-00. Número interno 2323.

150.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00186-00. Número interno 2313.

151.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2014-00049-00. Número interno 220

152.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2006-00097-00. Número interno 1778.

facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos<sup>153</sup>; (x) potestad reglamentaria sobre la organización, administración, control y explotación de las loterías<sup>154</sup>; (xi) y facultad para celebrar tratados y convenios internacionales<sup>155</sup>, entre otros.

## 5.2. Rama Judicial

La Sala de Consulta ha abordado el tema de la Rama Judicial de forma frecuente. Los pronunciamientos más recientes se han dado en relación con la definición de la facultad disciplinaria que se vio modificada después de la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial<sup>156</sup>.

Adicionalmente, se ha analizado el alcance de la autonomía constitucional de la Rama Judicial, la cual no solo apunta a la forma como los órganos, dependencias y funcionarios que la integran cumplen con su función primordial de administrar justicia, sino que también alude a la manera como la Rama se organiza internamente y gestiona sus recursos humanos, físicos, técnicos y financieros, para cumplir de la manera más eficiente su objetivo constitucional y misional<sup>157</sup>.

También se ha pronunciado la Sala sobre: (i) la base de liquidación de los aportes parafiscales; (ii) la calificación de servicios<sup>158</sup>; (iii) el régimen pensional<sup>159</sup>; (iv) competencias administrativas de los funcionarios<sup>160</sup>; (v) comité de defensa judicial y conciliación<sup>161</sup> y (vi) provisión de vacantes de cargos de carrera<sup>162</sup>.

---

**153.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2006-00071-00. Número interno 1761.

**154.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 202-CE-SC-EXP1998-N1059.

**155.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 202-CE-SC-RAD1997-N952.

**156.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00104-00.

**157.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00015-00.

**158.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00141-00.

**159.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00153-00.

**160.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00096-00.

**161.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2015-00104-00.

**162.**

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD1999-N1198.

## 5.3. Congreso de la República

Este ha sido un tema de consulta recurrente, se identifican varios temas que involucran a esta corporación dentro de los que se destacan los siguientes: (i) la facultad disciplinaria sobre los congresistas<sup>163</sup>; (ii) competencia para determinar el régimen jurídico aplicable a la carrera administrativa<sup>164</sup>; (iii) función electoral<sup>165</sup>; (iv) quórum deliberatorio y decisorio<sup>166</sup>; (v) comisiones constitucionales permanentes<sup>167</sup>; (vi) cláusula general de competencia<sup>168</sup>; (vii) competencia para solución de conflictos territoriales entre municipios<sup>169</sup>; (viii) regulación del Plan Nacional de Desarrollo<sup>170</sup>; (ix) sesiones extraordinarias<sup>171</sup>; (x) forma de suplir vacancias<sup>172</sup>; (xi) inhabilidades e incompatibilidades<sup>173</sup>; (xii) gestión fiscal del Congreso<sup>174</sup>; (xiii) régimen pensional<sup>175</sup>; (xvi) régimen salarial<sup>176</sup>; (xv) función administrativa<sup>177</sup>.

|   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| <p><b>163.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00235-00.</p>                      | <p><b>164.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00107-00. Número interno 2423.</p> | <p><b>165.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00104-00.</p>                      | <p><b>166.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00202-00. Número interno 2364.</p> |
| <p><b>167.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00113-00. Número interno 2349.</p> | <p><b>168.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2015-00127-00.</p>                      | <p><b>169.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2013-00504-00. Número interno 2179.</p> | <p><b>170.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2012-00091-00. Número interno 2127.</p> |
| <p><b>171.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2010-00079-00. Número interno 2018.</p> | <p><b>172.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2006-00072-00. Número interno 1762.</p> | <p><b>173.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD2001-N1320. Número interno 1320.</p>           | <p><b>174.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD1998-N1161. Número interno 1161.</p>           |
| <p><b>175.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD1998-N1030A. Número interno 1030A.</p>         | <p><b>176.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD1993-N541Número interno 541.</p>               | <p><b>177.</b></p> <p>Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 303-CE-SC-EXP1991-N396-N541Número interno 396.</p>      |   |

## 5.4. Las leyes

En relación con las leyes, la Sala de Consulta ha hecho un ejercicio importante que abarca el análisis de fenómenos propios de la dogmática jurídica en el contexto de la dinámica interna del funcionamiento del derecho, es así como se han abordado problemas de indeterminación normativa, así como problemas de vigencia y validez.

En este sentido, se estudian temas como los criterios interpretativos para superar antinomias<sup>178</sup>, además de las clases de derogatoria y sus efectos, la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo<sup>179</sup>.

Igualmente, se ha estudiado la tipología de leyes: ordinaria, estatutaria, marco, orgánica y acto legislativo con el propósito de determinar sus características y diferencias<sup>180</sup>.

Otro tema relevante ha sido el de la excepción de inconstitucionalidad. Este instrumento de control de constitucionalidad ha sido objeto de análisis frecuente en relación con su alcance y condiciones de aplicación en diferentes supuestos fácticos en el marco de decisión de conflictos de competencia.

Algunos casos para referenciar pueden ser: el análisis de procedencia que se ha hecho de esta figura de control constitucional en conflictos de competencia en materia disciplinaria<sup>181</sup>, y en procesos administrativos de restablecimiento de derechos<sup>182</sup>.

Aclaró la Sala que, en todo caso, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad debe analizarse caso a caso y su efecto es solo inter partes, de modo que la ley exceptuada en un caso puntual, sigue vigente en el ordenamiento jurídico y sigue siendo obligatoria para todas las autoridades y los particulares.

Asimismo, se ha estudiado el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad. Respecto de esta acción, como parte de los instrumentos que integran el modelo de control constitucional que opera en nuestro sistema jurídico, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha pronunciado sobre su naturaleza, los requisitos de procedibilidad, alcance de sus efectos, reglas procedimentales que le son aplicables, y el alcance de la competencia atribuida al Consejo de Estado para su conocimiento<sup>183</sup>.

178.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00205-00. Número interno 2455.

182.

Entre otros ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00097-00; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00010-00

179.

Ibidem.

183.

Entre otros ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00171-00

180.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00194-00. Número interno 2360; 11001-03-06-000-2015-00127-00 entre otros.

181.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00159-00; 11001-03-06-000-2017-00160-00; 11001-03-06-000-2017-00137-00 entre otros.

Es usual encontrar desarrollos sobre esta acción en el marco de conflictos de competencia, que en varios casos surgen a partir de la declaratoria de nulidad de alguna norma que tiene impacto en reglas competenciales. De manera que la Sala debe definir el alcance de las competencias que han quedado indeterminadas a partir de estos cambios normativos.

## 5.5. Control fiscal

En materia de control fiscal, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de esta función y el alcance de conceptos que la constituyen introducidos desde la Constitución, como los de competencia concurrente y poder preferente, que operan entre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales.

Estos criterios varían según se trate de los distintos ámbitos de gestión administrativa que están sometidos al control fiscal. Por ejemplo, la Sala se ha pronunciado en relación con la competencia para el ejercicio del control fiscal sobre el servicio de alumbrado público.

## 6.

# Naturaleza de la función consultiva en la arquitectura de la Constitución de 1991

Como se ha venido exponiendo, el ejercicio de la función consultiva materializa en la práctica varios principios de orden constitucional y a la vez supone la aplicación directa de la Carta política y su guarda, a partir de la orientación que brinda a las entidades públicas sobre el correcto desempeño de sus funciones.

En el diseño institucional establecido en la Constitución de 1991, se inserta la función consultiva en cabeza de la Sala de Consulta y Servicio Civil, para soportar la arquitectura jurídico-institucional ligada al desarrollo de los principios estructurales o axiales que configuran y ordenan el ejercicio de los poderes públicos y las atribuciones de sus órganos, y que establecen límites al ejercicio del poder, que determinan el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de las personas, que fijan los objetivos y aspiraciones últimas de una comunidad en cuanto a las prestaciones y beneficios que deben asegurarse en función de todos, y que consolida las disposiciones “de las que se derivan las demás reglas que rigen y organizan la vida en sociedad”<sup>184</sup>.

En este sentido, el papel de la Sala de Consulta y Servicio Civil, como órgano que coadyuva en el mantenimiento del diseño institucional definido por el constituyente, se puede conceptualizar desde 2 dimensiones: (i) dialógica y (ii) axiológica. La primera circunscrita a la función relacional de la Sala en su conexión funcional entre consultante y consultado, la cual está condicionada por la fuerza vinculante de la función consultiva como expresión del auctoritas; y la segunda referida a los valores constitutivos de esta función consultiva desde la fuerza vinculante a partir de la argumentación jurídica, como pasa a exponerse.

---

184.

Ver Sentencia SU-355/20

## 6.1. Dimensión dialógica

En la esencia de la función consultiva está su carácter dialógico, que se revela tanto desde la perspectiva externa, en la interacción consultante-consultado, como en la perspectiva interna en la deliberación que precede a sus pronunciamientos, pues se trata de decisiones tomadas en la mayoría de los modelos de alta función consultiva por un órgano colegiado, como lo es la Sala de Consulta y Servicio Civil. Este carácter dialógico se constituye a partir del binomio pregunta-respuesta, que es el fundamento de la naturaleza comunicativa y relacional de la función consultiva que tiene unos fines concretos en el ordenamiento jurídico.

De esta dimensión dialógica de la función consultiva se deriva una dinámica relacional entre el órgano consultivo y las instituciones con las que tiene interacción, la cual se concreta en un cierto efecto de refuerzo que está determinado por la función de auctoritas, que se refracta en la arquitectura constitucional, lo que viene a materializar el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

### 6.1.1. Fuerza vinculante de los conceptos de la Sala como expresión del auctoritas

Ya en el inicio del texto se había expuesto la definición clásica del auctoritas, la cual se circunscribe al poder derivado del saber y la tradición, es decir, una autoridad legitimada en virtud del conocimiento científico que sin embargo no goza del poder coercitivo o potestas.

Es claro entonces, que la función consultiva no tiene carácter obligatorio que se encuentre respaldado por la coacción, pero sí tiene una fuerza vinculante derivada de la legitimidad del conocimiento, como pasa a explicarse.

A partir de la Constitución de 1991, se dio una discusión profunda sobre las fuentes del derecho, en particular, sobre el carácter vinculante o accesorio de la jurisprudencia. En este contexto se ha entendido, a partir de la doctrina constitucional vigente, la noción de carácter vinculante, como la exigencia de aplicar las subreglas jurisprudenciales que constituyen el precedente aplicable a un caso concreto, a no ser que existan razones fundadas suficientes para apartarse, que deben ser explícitas para cumplir con la carga argumentativa exigible a quien decide apartarse del precedente<sup>185</sup>.

En este caso, la fuerza vinculante se deriva del reconocimiento que hace la Constitución de la jurisprudencia como fuente del derecho, en particular al precedente jurisprudencial fijado

---

185.

SU-354 de 2017.

por las altas cortes como organismos de cierre de la jurisdicción, que tienen dentro de sus competencias, la de la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico<sup>186</sup>, todo ello en aras de promover la seguridad jurídica y el deber de garantizar la igualdad de trato en las actuaciones judiciales.

En este sentido, esa fuerza vinculante se refuerza con el carácter obligatorio *prima facie* del precedente, que, de no ser desvirtuado, su incumplimiento da lugar a la constitución de un defecto sustantivo que puede convertirse en una causal de procedencia de la acción de tutela, todo lo cual, se identificaría en algún grado con la función de potestas.

De esta asociación entre vinculatoriedad y obligatoriedad propia del precedente judicial, se ha entendido que las decisiones en sede judicial tienen carácter vinculante y que las decisiones en sede de consulta no. Sin embargo, esta percepción es inexacta. Lo anterior por cuanto ambas, la función consultiva y la jurisdiccional, tienen carácter vinculante, lo que no comparten es el carácter obligatorio pues, mientras la primera no lo tiene, la segunda sí. En este sentido, autores como William Zambrano han señalado que:

**En Colombia, salvo en precisos casos señalados en la Constitución y la ley, no existe obligación para el Gobierno de consultar al Consejo de Estado, y como regla general no hay obligación para el mismo de seguir los conceptos solicitados, aun cuando la sola existencia de los mismos lleva a la Administración a examinar con sumo cuidado el asunto y en la inmensa mayoría de las ocasiones a obrar de conformidad con su dictamen<sup>187</sup>.**

El carácter vinculante es una característica propia de ambas funciones la jurisdiccional y la consultiva, aunque tiene fuentes distintas. En el caso de la función jurisdiccional la fuente de vinculatoriedad está dada por el supuesto fáctico y por la fuerza gravitacional de los principios de seguridad jurídica, igualdad ante la ley, y debido proceso. De manera que, una vez definida la regla de derecho y/o la subregla jurisprudencial aplicable a un determinado caso, esa misma regirá para los casos análogos futuros.

En el caso de la función consultiva la fuente de ese carácter vinculante está determinada por la legitimidad del conocimiento técnico del derecho válido, que se constituye en un criterio de corrección aplicable a una nueva norma o a la interpretación de una ya existente, en el sentido de correspondencia con la Constitución y las normas que de ella se derivan.

Así, la función consultiva tiene como premisa normativa subyacente a la pretensión de corrección como ideal regulativo, la cual, se erige como fundamento de su legitimidad como *auctoritas*, en el sentido en que los pronunciamientos que emite se fundan en un criterio de corrección que se traduce en el conocimiento jurídico y en su interpretación más razonable a la luz de los principios constitucionales, perspectiva que se consolida como la visión más

186.

Ver Sentencia C-284 de 2015.

187.

Ob. cit. Zambrano Cetina.

correcta. Pretensión de corrección que le atribuye un carácter vinculante, que no obligatorio, al menos en sentido débil pues, separarse de esa línea interpretativa supone una separación del criterio más racional posible, y ese distanciamiento debe justificarse, so pena de incurrir en la arbitrariedad o de aceptar abiertamente que lo solución acogida se hace en virtud de la *potestas*, es decir, del poder, pero no de la razón.

## 6.2. Dimensión axiológica

La dimensión axiológica concierne a la caracterización de la función consultiva desde una perspectiva ética, que como se dijo al principio, no solo abarca el contenido normativo de nuestro sistema jurídico sino que, además, refiere a los principios intrínsecos que la definen y constituyen, y que se nutren de los fundamentos de la razón práctica que subyacen al razonamiento jurídico, como caso especial del discurso práctico general siguiendo la tesis de la argumentación jurídica y el concepto de derecho no positivista propuestos por Alexy<sup>188</sup>.

A partir del anterior supuesto, se pueden mencionar como valores constitutivos de la función, y como pretensiones en el ejercicio de la labor: (i) la fuerza de la verdad, que convierte a la función consultiva en instancia de defensa de la racionalidad en la lucha contra la arbitrariedad del poder político, para asentar al Estado en la razón; (ii) la fuerza de la justicia, que constituye a la función consultiva en instancia de defensa de la juridicidad, para asentar al Estado en el Derecho; (iii) la fuerza del bien, que hace de la función consultiva una instancia legitimante, equilibrante y moderadora del poder político, para asentar al Estado como legítimo; (iv) la fuerza de la unidad, que sitúa a la función consultiva como instancia sistémica de refuerzo, integración y reconducción de las demás funciones, para asentar al Estado como organización coherente<sup>189</sup>.

Estos valores constitutivos determinan el ejercicio de la función consultiva, que, bien se pueden conectar con la pretensión de corrección en términos de Alexy, pues, todos ellos son aristas de este criterio de clasificación y cualificación del derecho, con base en el cuál, en el primer caso, se puede advertir si una norma y/o un curso de acción se pueden considerar ajustados a la Constitución y la ley, y en ese sentido, si se encuentran en una posición segura dentro del ordenamiento jurídico como para considerarlos derecho; y en el segundo sí, siendo derecho deben reinterpretarse o modularse para ajustarse de forma plena al orden constitucional, todo esto en el marco del control complementario, previo y preventivo que ejerce la Sala.

188.

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. (1ª ed.) (Atienza, M. & Espejo, I. Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1978), 207.

189.

Ob. cit. Granado Hijelmo, 19.

Estos criterios se entienden integrados a la dimensión axiológica implícita en la función consultiva, pero en relación con el estatuto normativo de la Constitución. Es decir, cuando se habla de verdad, justicia, bien y unidad debe entenderse que estos valores se plantean en relación con lo que es posible de acuerdo con el catálogo de principios y derechos que incorporó la propia Constitución al ordenamiento jurídico.

En esta línea, la dimensión dialógica de la función consultiva tiene 2 capas, la primera, referida a los principios subyacentes o metaprincipios que la constituyen y definen-verdad, justicia, bien y unidad; y la segunda, a los principios que la orientan y que promueve, los principios constitucionales.

De este modo, la pretensión de corrección opera en 2 niveles, uno interno que limita el razonamiento jurídico, y uno externo, en conexión con una moral crítica que se viene a concretar mediante la positivización de los derechos humanos a través de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales son condicionantes del ejercicio de la función consultiva y a su vez son su propósito. Es decir, los análisis que realiza la Sala de las materias jurídicas que le presentan, se resuelven siempre bajo un enfoque interpretativo que se rige por la irradiación de los principios de verdad, justicia, bien y unidad y ese ejercicio tiene como propósito la consolidación de una línea orientadora de la función pública hacia la materialización de la Constitución.

### **6.2.1. Fuerza vinculante a partir de la argumentación jurídica: el mejor argumento como criterio metodológico para la identificación de la respuesta con mayor grado de corrección**

Con el advenimiento del Estado constitucional del derecho, la exigencia de motivación de las decisiones judiciales responde a la aplicación del principio democrático y de supremacía constitucional que supone un ejercicio argumentativo necesario en la aplicación e interpretación del derecho.

Este ejercicio argumentativo tiene como propósito lograr respuestas a los problemas jurídicos con el mayor grado de corrección posible, que, bajo el estatuto epistemológico del derecho, como bien es sabido, tiene por criterio definitorio la razonabilidad que es propia de las ciencias normativas en el marco de la razón práctica, a diferencia de la racionalidad científica de las ciencias exactas.

Considerando que, en efecto, no hay un estatuto epistemológico “duro” como el de las ciencias naturales, en el derecho pueden surgir respuestas variadas a los problemas prácticos. El criterio definitorio para establecer la respuesta correcta, que no es única en el sentido propuesto por Dworkin, sino aquella que tiene un mayor grado de correspondencia con el contenido axiológico de la Constitución, que concierne en esencia la moral de los derechos humanos y sociales que ha sido positivizada por el texto constitucional y la jurisprudencia que la desarrolla como derechos fundamentales.

De este modo, no hay una única respuesta correcta, hay respuestas con mayor o menor grado de corrección y el razonamiento de la Sala debe decantarse por la “más correcta”, tanto en la resolución de conflictos de competencia como en la expedición de conceptos.

Dentro de esta línea hermenéutica, la de epistemología jurídica contemporánea, la racionalidad se concibe como un elemento de legitimación, que sirve para explicar la obediencia al derecho, pues desde ninguna de las teorías acerca de la naturaleza del derecho se acepta que este tenga como fundamento la mera arbitrariedad. Siempre se parte de una racionalidad como presupuesto del sistema jurídico, que para el caso de las teorías del derecho natural puede devenir de una cierta moralidad socialmente reconocida, o para las del positivismo de una voluntad objetivada.

A partir de este presupuesto, tanto los procedimientos de creación como los de aplicación de normas se orientan por algún criterio racional ya sea procedimental o argumentativo, lo cual en ambos casos funciona como un dispositivo de control al poder.

De este modo, el parámetro de medición de racionalidad en el derecho está determinado por el seguimiento a las reglas para su creación establecidas desde la Constitución; y en el campo de la aplicación con la fundamentación, que se hace evidente a través de la motivación de las sentencias, es decir, con la argumentación que sustenta las decisiones judiciales.

Este interés por la argumentación como garantía de imparcialidad, objetividad, y racionalidad en el derecho se ha venido considerando cada vez más, a partir de distintos factores que de acuerdo con lo señalado por Atienza serían los siguientes:

**“1) Las teorías del Derecho más características del siglo XX han tendido por diversas razones...a descuidar esa dimensión del Derecho; 2) La práctica del Derecho —especialmente en los Derechos del Estado Constitucional— parece consistir de manera relevante en argumentar y las imágenes más populares del Derecho (por ejemplo, el desarrollo de un juicio) tienden igualmente a que se destaque esa dimensión argumentativa; 3) Los cambios que se están produciendo en los sistemas jurídicos contemporáneos (sobre todo, la constitucionalización del Derecho) parecen llevar a un crecimiento en términos cuantitativos y cualitativos, de la exigencia de fundamentación, de argumentación, de las decisiones de los órganos públicos; 4) una enseñanza del Derecho más “práctica” tendría que estar volcada hacia el manejo —esencialmente argumentativo— del material jurídico y no tanto a conocer simplemente los contenidos de un sistema jurídico; 5) En la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia —sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría— exige ciudadanos capaces de argumentar racional y competente-mente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común”<sup>190</sup>.**

190.

ATIENZA. Manuel, "Curso de Argumentación Jurídica", p. 21. Editorial Trotta, Madrid 2013.

En Colombia, como se mencionó en el acápite anterior, a partir de Constitución de 1991, se ha venido afianzando un sistema intermedio de precedente que trae aparejado el deber por parte del juez de acatar el precedente fijado por los tribunales de cierre en cada jurisdicción, pero que puede separarse del mismo en virtud del principio de autonomía judicial, si ofrece una justificación suficiente y razonable, lo cual desde luego pone un énfasis importante en el deber de argumentar las decisiones judiciales, conectándose además con la garantía a derechos fundamentales tales como el debido proceso y el trato igual ante la ley.

Es así como la doctrina relativa de precedente exige del juez una doble carga argumentativa, en primer lugar, está la “carga de transparencia” que implica la reconstrucción del precedente vigente del cual se apartará.

Los jueces deben mostrar transparentemente que existe una doctrina establecida que va a ser cambiada en su nuevo fallo. Esta carga exige, además, que se citen las sentencias hito en las que se enuncia dicha doctrina y que se haga una reconstrucción caritativa y poderosa de las razones que llevaron a su adopción. Mediante esta carga se evita que haya variaciones ocultas o inadvertidas de la doctrina judicial.

En segundo lugar, está la “carga de argumentación” que apunta a que, una vez hecha tal reconstrucción, se deben exponer los argumentos que justifican el cambio, donde se debe tener en cuenta la tipología de lo que serían las “justificaciones suficientes y adecuadas” dentro de las cuales se cuentan a) cambios legislativos b) obsolescencia de la doctrina vigente c) o doctrina errónea a la luz de los principios orientadores del ordenamiento jurídico desarrollada en la sentencia C-836 de 2001.

Como consecuencia del fenómeno antes descrito, se pone en duda cada vez menos la importancia de la argumentación de las decisiones judiciales, dejando de lado esa idea que por muchos años reinó en el ámbito académico y judicial, según la cual el proceso de aplicación de la ley revestía mucho menor importancia que el de su creación, ya que esta labor encomiada al juez era de carácter técnico y casi automático, pues la ley ofrecía suficientes herramientas para decidir sin grado alguno de dificultad, y bajo ninguna circunstancia se concebía que el juez pudiera crear derecho.

A nivel nacional, la importancia de la argumentación ha trascendido incluso el ámbito de las decisiones judiciales, y se ha trasladado al campo de las decisiones administrativas, gracias a la doctrina constitucional fijada por la Corte en relación con la motivación de actos administrativos que en ciertos supuestos fácticos determinaría la garantía a derechos fundamentales.

En el ámbito internacional también se hace notorio el interés por los argumentos que sustentan las decisiones judiciales, hablando de las cortes internacionales que en el marco de la globalización han sido partícipes de un fenómeno de transnacionalización del derecho que ha llevado a la consolidación de una cultura creciente de la promoción del respeto por los derechos humanos, además de la existencia de instancias transnacionales para su defensa, que deviene en una interdependencia que tiende a delimitar la acción de los Estados y que por lo mismo genera un marcado interés por el precedente judicial.

En este contexto, el presupuesto metodológico que subyace al ejercicio de las funciones de la Sala de Consulta es aquel en el cual el concepto de razonamiento jurídico enmarcado en el contexto de la lógica formal ya no es entendido como el centro de la racionalidad en el derecho, sino que se lo concibe más bien como un elemento necesario pero no suficiente de la argumentación.

En este sentido, en el ejercicio de la función consultiva se desarrolla en el ámbito de la argumentación jurídica, que presupone que en el razonamiento jurídico operan 2 tipos de reglas (i) las de justificación interna y (ii) las de justificación externa<sup>191</sup> que también se identifican como fuentes del derecho.

### **6.2.1.1. Fuentes primarias del derecho: la Constitución y la ley como fundamento del razonamiento jurídico basado en la lógica jurídica y el método deductivo**

Las decisiones de la Sala de Consulta tienen como primera fuente del derecho a la Constitución y la ley, que operan siempre como reglas de justificación interna según lo propone Alexy en su teoría de la argumentación jurídica.

Estas reglas de justificación interna se refieren a la plenitud estructural desde el punto de vista lógico, es decir, si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación de la misma, donde el método de aplicación es el de la subsunción, en la cual existe claridad sobre el precepto normativo aplicable y sobre el supuesto fáctico que condiciona su aplicación, de manera tal que opera el silogismo jurídico tradicional desde la lógica formal como método deductivo y no hay margen mayor de discusión de la conclusión. Este es el método de aplicación normativa que se usa en lo que se ha denominado casos fáciles o casos estandarizados de decisión que son solucionados mediante reglas y que constituyen la gran mayoría de los casos que conoce la Sala.

### **6.2.1.2. Fuentes secundarias del derecho: precedente, métodos de interpretación y argumentación dogmática**

La Sala de Consulta tiene como fuentes secundarias del derecho: (1) el uso de los precedentes; (2) los métodos de interpretación; y (3) la argumentación dogmática, las cuales, de acuerdo con Alexy, entran dentro de las reglas de justificación externa que se ocupan de la corrección de las premisas que se aducen como de justificación interna, que deben ajustarse no solo a un criterio formal sino que, en lo sustancial deben estar acorde con los principios constitucionales y derechos fundamentales que orientan y estructuran el sistema jurídico.

---

191.

ALEXY, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica". Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

## Uso de los precedentes

El uso del precedente se fundamenta en el principio de universalidad, es decir, la exigencia de tratar de igual manera a lo igual, principio subyacente a toda concepción de justicia. Una primera dificultad es que no todos los casos son exactamente iguales, entonces el punto decisivo es la determinación de la relevancia de las diferencias y a partir de allí sustentar si el precedente no es aplicable.

Teniendo en cuenta lo anterior, se formulan en relación con el uso del precedente las siguientes reglas:



**Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.**



**Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la prueba.**

Ahora bien, además de estas formas de justificación de las premisas del razonamiento jurídico, es importante tener en cuenta que estas se deben aplicar conforme a los principios constitucionales, que cuando plantean alguna contraposición es a través del método de ponderación que puede superarse.

Este método no siempre implica el uso de la fórmula del peso propuesta por Alexy<sup>192</sup> o del test de proporcionalidad fijado por la Corte Constitucional, pero sí al menos la idea más general de este principio que viene a decir que: a mayor restricción de un principio, mayor debe ser el grado de importancia de la satisfacción del principio contrapuesto o, en otras palabras, que cuando hay 2 principios enfrentados, para determinar cuál debe prevalecer, se debe verificar que el grado de interferencia en la aplicación de uno sea proporcional al beneficio de satisfacción de aquel que se le opone, que es en esencia la ley de la ponderación<sup>193</sup>.

A partir de los presupuestos argumentativos antes expuestos, bien se puede decir que el razonamiento que usualmente se realiza en la Sala de Consulta abarca estos 2 tipos de reglas, las de justificación interna en los casos fáciles o estandarizados, y/o las de justificación externa cuando se requieren criterios adicionales a la propia norma para justificar su uso en la resolución de un caso.

192.

Alexy, R. "Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica", Segunda edición en español, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, 512. Sobre la fórmula del peso refinada ver: Alexy, R. "Dignidad humana y proporcionalidad". Traducción al español de Ma. Claudia Quimbayo Duarte. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art1.pdf>.

193.

Ibidem.

Dentro de las reglas de justificación externa las que más se usan por parte de la Sala son: la de argumentación dogmática y la del uso precedente, la primera por una tradición jurídica muy marcada por el positivismo formalista clásico muy dado al conceptualismo, y la segunda como efecto del modelo de control constitucional mixto vigente en nuestro país. El uso de los cánones o métodos de interpretación es menos frecuente. Y la ponderación, de forma transversal a todas estas reglas de justificación externa, se ha venido aplicando en su concepción más sencilla simplemente orientando la decisión bajo la fuerza gravitacional del principio de proporcionalidad<sup>194</sup>, y de forma más escasa, en la medida en que mayoritariamente los temas consultados se decantan con la aplicación de las reglas de derecho que han desarrollado los principios constitucionales.

Como se dijo al principio de este apartado, el estatuto epistemológico del derecho como ciencia dentro del campo de la racionalidad práctica no siempre permite encontrar una única respuesta a un problema jurídico, y por ello el sistema jurídico dentro del marco determinado por la Constitución da una o varias respuestas posibles, unas más correctas que otras, esto teniendo como criterio evaluador su mayor o menor grado de correspondencia con la Constitución y su sustrato axiológico, más allá de la satisfacción de las exigencias formales legales.

En estos casos en los que emergen constelaciones de varias respuestas posibles a un problema de derecho, es usual encontrar escenarios de disenso, en la medida en que para la toma de decisiones de carácter colegiado como lo son las de la Sala de Consulta y Servicio Civil pueden surgir posiciones que coinciden con distintas vías de solución a los casos sometidos a su examen. El consenso es entonces la regla general y un ideal regulativo dentro del modelo de adopción de la decisión de la Sala, pero el disenso es siempre posible y es una característica propia de las discusiones jurídicas democráticas, como se explica más adelante.

## Los métodos de interpretación

Se tienen en consideración los cánones tradicionales y los consagrados en las Leyes 57 y 153, ambas de 1887, dentro de los que se tienen fundamentalmente los siguientes: el método gramatical, el teleológico, el histórico y el sistemático.

El primero supone la interpretación del texto privilegiando el sentido natural y obvio de las palabras, que se torna en ocasiones insuficiente considerando los problemas ocasionados por la textura abierta del derecho planteada por Hart<sup>195</sup>, que no permitiría siempre encontrar un sentido unívoco de las disposiciones jurídicas que se expresan a través del lenguaje, que tiene también textura abierta.

---

194.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 011001-03-06-000-2016-000186-00. Número interno 2313. 11001-03-06-000-2017-000192-00. Número interno 2358. 11001-03-06-000-2020-00195-00. Número interno 2453. 11001-03-06-000-2019-00026-00. Número interno 2212.

195.

HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, págs. 158-159.

El método teleológico se basa en la identificación de los objetivos de la legislación, de manera que resulta justificada una interpretación del precepto legal, cuando ese entendimiento concuerda con tales propósitos<sup>196</sup>.

El método histórico intenta buscar el significado de la legislación a través de sus antecedentes y trabajos preparatorios<sup>197</sup>.

El método sistemático, entendido este como aquel que pretende encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con la norma a interpretar<sup>198</sup>, o, en otras palabras, el que permite encontrar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional<sup>199</sup>.

La Sala de Consulta y Servicio Civil ya se había pronunciado sobre los criterios de interpretación susceptibles de ser aplicados, en caso de conflictos normativos, de la siguiente manera:

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.**

[...]

**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<sup>10</sup>.**

---

196.

Ver Sentencia C-054/16

197.

Ibíd.

198.

Ibíd.

199.

Ver Sentencia C-1026/01

Los referidos criterios, que deben ser aplicados por las autoridades en el cumplimiento de sus funciones<sup>12</sup>, tienen reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento<sup>13</sup> y jurisprudencia nacional<sup>14</sup>. Así, el artículo 2 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.**

Por su parte, el artículo 5 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:**

**La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general<sup>200</sup>.**

Respecto a estos métodos de interpretación se ha planteado la cuestión acerca de los criterios para seleccionar uno u otro, en la medida en que ofrecen soluciones completamente distintas a un mismo problema. Por tal razón, se ha abordado por diversos autores la idea de dar jerarquía a los cánones de interpretación, sin embargo, no hay una propuesta que se haya acogido de forma generalizada. Según Alexy, los enfoques más importantes serían el subjetivo, en el que prevalecería la voluntad del legislador; y el objetivo, en el que se da prelación a argumentos teleológicos, pero no hay ni habrá solución definitiva por tratarse de problemas de fundamentos.

Desde la teoría del discurso, tampoco puede resolverse el problema de la jerarquía, por ello este autor propone una idea clara para identificar cuándo debe utilizarse oportunamente una u otra forma de argumento considerando la dimensión pragmática de la fundamentación y que no se pretende dar soluciones definitivas sino procurar encontrar conclusiones correctas, es decir, racionales, se propone que el problema de la jerarquía de los cánones de interpretación se resuelva mediante la argumentación práctica general. Para ello se proponen al menos las siguientes 3 reglas<sup>201</sup>:

---

200.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 011001-03-06-000-2019-00026-00. Número interno 2412.

201.

Ob. cit. Alexy 2012. Págs. 225-240.



**Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de una ley o de la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos.**



**La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según las reglas de ponderación.**



**Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de interpretación.**

## La argumentación dogmática

Las funciones para destacar de este tipo de argumentación son: la función de técnica que se circunscribe a la construcción de conceptos básicos generales, formas de enunciados, instituciones jurídicas, etc. Que la dogmática se encarga de sistematizar, ofreciendo así una visión omnicompreensiva de las normas jurídicas evidenciando las relaciones de dependencia entre ellas. Esta sería entonces una función de información que facilita y promueve la interpretación del Derecho; y la función de heurística que se trata de los modelos de solución, distinciones y puntos de vista que se construyen en la dogmática y que sirven de instrumento para la toma de decisiones jurídicas. Es un punto de partida de gran utilidad pues permite acceder de forma simple al estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas y permite crear nuevos conocimientos.

Para concluir habría que decir que el uso de argumentos dogmáticos en la fundamentación jurídica no contradice la teoría del discurso, y es más bien un tipo específico de argumentación exigido por aquélla. Se señala entonces la siguiente regla:



**Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.**

## 7.

# Consenso como ideal regulativo o normativo. El disenso como expresión del principio democrático en el ejercicio de la función consultiva

Para dimensionar el alcance del consenso y el disenso en el marco de las decisiones de la Sala de Consulta, resulta importante abordar el estudio de los diferentes modelos que subyacen a la toma de decisiones judiciales y el modo de gestionar la deliberación en cada uno de ellos.

Siguiendo el estudio de María Ahumada Ruíz, se tiene que los modelos de adopción de decisiones por órganos colegiados o pluripersonales en el ámbito jurisdiccional son en esencia 3: (i) decisión *per curiam*; (ii) decisión *seriatim*; y (iii) opinión del tribunal<sup>202</sup> estos modelos suponen concepciones diferentes sobre la deliberación que subyace a las decisiones, del papel del juez en los órganos colegiados, y del proceso de consolidación de la jurisprudencia.

### 7.1. Decisión *per curiam*

Este modelo es dominante en los países del modelo europeo continental, que se caracteriza porque el razonamiento jurídico que lleva a la decisión se entiende y se presenta como del cuerpo colegiado o tribunal, sin que se dé a conocer cuál de sus miembros pro-

---

202.

Ahumada Ruiz, M. Á. (2000). La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: Rationes dicidendi en la STC 136/1999. Revista española de derecho constitucional, (58), 155-188.

yectó o sustanció la ponencia sometida a aprobación ni las posiciones sostenidas por los demás integrantes en el trámite de la votación. En este sentido, se le atribuye una “voz propia” al ente decisor como resultado de una suerte de personalización de la institución, y a la inversa, una despersonalización de los jueces que lo integran cuyas posiciones pueden o no coincidir con esa voz que le ha sido atribuida<sup>203</sup>.

Es muy común en este modelo la propensión o intención de presentar una línea de pensamiento continua y resultados desprovistos de objeción, en la que la sentencia se deriva de la aplicación del silogismo, de lo cual deviene pretensión de “verdad”. Subyace a este modelo un concepto de derecho de corte positivista formalista que en esencia reduce el papel del juez a la aplicación del derecho bajo una perspectiva lógica:

**[...] la “doctrina” del silogismo judicial, aunque extendida, nunca sirvió para describir adecuadamente ni el proceso de adopción de decisiones judiciales, ni la estructura de las sentencias, pero como convenientemente se ha observado, ha constituido un modelo prescriptivo, “destinado a hacer creer que el juez opera según los cánones de certeza y de necesidad lógica típicos de la deducción silogística”. El estilo de la argumentación, neutral, objetivo, impersonal, es perfectamente coherente con una concepción burocrática de la función judicial que implícitamente niega el carácter creativo de la labor del juez y, con ello, reduce su responsabilidad<sup>204</sup>.**

## 7.2. Decisión *seriatim*

Este modelo es propio de la tradición del *Common Law*, a día de hoy practicada por algunos de los más altos tribunales ingleses, de forma sobresaliente, la *House of Lords*, donde la decisión del cuerpo colegiado es el resultado de la compilación de las decisiones individuales de sus miembros.

Al contrario del modelo anterior, no hay una voz u opinión del tribunal, sino que cada juez de forma serial o sucesiva. De ahí que el nombre *seriatim* presenta su voto previa exposición o *speech* de sus argumentos. Por tal razón, es posible diferenciar la *ratio decidendi* del juez, que es la regla o subregla de derecho mediante la cual resuelve el caso y pretende fijar como precedente, y la efectiva “regla del caso” que se constituye en precedente vinculante para los casos futuros análogos.

En este caso, la *ratio* de la decisión la constituye el “mínimo común” compartido por los argumentos individuales. En el eventual caso en el que ese “mínimo común” no es identificable, el precedente fijado se reduce a la conexión entre los hechos relevantes del litigio [*material facts*] y el resultado final<sup>205</sup>.

---

203.

Ibidem. Pág. 156.

204.

Ibidem.

205.

Ibidem. Pág. 158.

### 7.3. Opinión del tribunal

Este último modelo es el que desde épocas tempranas se instaló en Estados Unidos que se perfila por la práctica del Tribunal Supremo presidido por John Marshall, que vendría a ser una variante del modelo inglés que introduce como nuevo elemento la designación de un juez relator encargado de expresar por todos, o al menos por la mayoría, la “opinión del tribunal”.

Este esquema o técnica de decisión no excluye la expresión de un voto separado o personal por parte de los miembros del tribunal que tengan una valoración distinta a la de la posición mayoritaria respecto de la solución del caso, aunque la pretensión inicial es la de lograr la unanimidad, ninguna regla —salvo la no escrita del *self-restraint* individual— limita el derecho del juez a expresar su opinión aparte<sup>206</sup>.

En la práctica judicial norteamericana, la institución del voto disidente (*dissent*) goza de gran prestigio, hecho que algunos autores consideran ligado al reconocimiento de algunos jueces que con frecuencia hacían uso de este recurso:

**El prestigio del que goza la institución del dissent en la práctica judicial americana está probablemente ligado al prestigio y a la influencia de “disidentes” muy admirados: Holmes es conocido como “The Great Dissenter”, en reconocimiento a su oposición a la “Vieja Corte” del laissez-faire, y es canónico su dissent en el famoso caso Lochner, como él, Brandeis, Black o Douglas, son más conocidos y citados por sus opiniones en minoría que por sus intervenciones en nombre del Tribunal. Sin embargo, junto a una visión claramente idealizada de la institución como la sostenida por alguien tan poco propenso a ella como el Juez Presidente Hughes (“un voto particular, en un tribunal de última instancia, es una exhortación al espíritu permanente del derecho, a la inteligencia de un día futuro en el que una decisión ulterior pueda corregir el error cometido por la Corte a juicio del disidente”)<sup>207</sup>**

Existen posturas que dan mayor valor a la auto restricción en cuanto a la expresión del voto disidente, y consideran que la unanimidad tiene mayor valor cuando se trata de temas polémicos y con gran impacto en materia social:

**[...] no fue sólo por razones simbólicas que el Tribunal Warren en la histórica decisión de Brown, la que revocó la doctrina que había consentido la segregación racial, debatiera durante meses para poder finalmente presentar ante el público una única opinión suscrita por todos sus jueces<sup>208</sup>.**

206.

Ibidem. Pág. 159.

207.

Ibidem, 160.

208.

Ibidem.

Desde el punto de vista técnico, los votos disidentes no tienen valor normativo en la medida en que no tienen incidencia en el fallo, en el mejor de los casos y tratándose de votos concurrentes, aquellos que acompañan la parte resolutive, pero no la parte considerativa, que en Colombia se les denomina aclaración de voto, se les puede hacer valer por *obiter dicta*.

No obstante, son escasas las opiniones que nieguen a los votos disidentes el efecto estimulante para plantear nuevas discusiones sobre problemas jurídicos que están en zona de penumbra o que requieren actualización de sus soluciones por cambios en las premisas fácticas y/o normativas. Lo anterior por cuanto una decisión adoptada por mayoría mínima (diferencia de un voto) no tiene menos valor que una decisión unánime; sin embargo, el efecto simbólico derivado es una invitación a o una advertencia de un replanteamiento futuro<sup>209</sup>.

La distinción sustancial entre estos 3 modelos de decisión colegiada es la forma de expresar la *ratio decidendi* y el mayor o menor nivel de reserva con el que se resguarda la deliberación conjunta.

De este modo, en el modelo de decisión *per curiam*, hay colaboración entre los miembros del cuerpo colegiado, la deliberación es conjunta, pero tiene carácter reservado y no se admiten votos particulares o disidentes.

A diferencia de lo anterior, en el modelo de decisión *seriatim*, en su forma más pura, cada miembro del cuerpo colegiado estudia por separado el caso, sin consultar a sus colegas, libre de cualquier influencia, la deliberación no es conjunta y no tiene reserva.

En el tercer modelo, el de *opinión del tribunal*, se recoge elementos de los 2 antes descritos: hay deliberación conjunta y no tiene reserva, en el sentido en el que los votos disidentes son públicos. Hay en este esquema una tipología muy amplia de decisiones que va desde la decisión unánime hasta la decisión plural en la que cada juez expresa su opinión por separado, pero en este caso debe además de presentar su posición, justificar las razones por las cuales se aparta de la decisión mayoritaria.

En la práctica, estos modelos no son tan rígidos y puede variar su uso según resulte más funcional de acuerdo con las circunstancias. En Inglaterra se ha asentado el modelo de decisión *seriatim* aun cuando no se descartan decisiones *per curiam*. Hay algunos escenarios en los que se ha preferido el modelo de *opinión del tribunal* es el caso del *Privy Council*, Consejo Privado del Reino Unido, que es un cuerpo de asesores del reino británico, cuyos miembros son en gran parte políticos de alto nivel, que asesora al soberano sobre el ejercicio de las prerrogativas reales y emite órdenes ejecutivas conocidas como órdenes en el Consejo. Otro caso para referenciar es el de *Criminal Division of the Court of Appeal* o Corte Penal de Apelaciones.

En Estados Unidos, como antes se mencionó, el modelo dominante es el de *opinión del tribunal*; sin embargo, el uso del voto disidente es la regla general y las opiniones unánimes son la excepción. Es muy frecuente que la opinión principal se presente fraccionada por distintas facciones, sobre todo cuando se trata cuestiones de gran controversia.

---

209.

Ibidem, 161.

Ahora bien, desde la técnica de precedente, cuando un pronunciamiento no está soportado por una amplia mayoría, es una decisión de autoridad y aunque hay cosa juzgada, no constituye precedente. El resultado es una decisión plural (*plurality decision*) que reúne el mínimo común denominador, pero no es una *opinión del tribunal*.

En este sentido, se han planteado críticas a la decisión *per curiam*, en la medida en que una decisión que se apoya en razones muy generales y con un grado escaso de justificación no podría entenderse como opinión plena (*full opinion*) y por lo mismo es difícil atribuirle valor de precedente<sup>210</sup>.

En Europa continental se observa una influencia importante de la práctica americana especialmente en el ámbito constitucional, donde es más evidente la textura abierta de las normas, las tensiones entre principios y el contenido político de las controversias, lo que pone de relieve las exigencias argumentativas para la toma de decisiones y, en consecuencia, se ha venido desvirtuando la idea de unanimidad como garantía de consenso.

El ascenso del uso del voto disidente ha tenido lugar en los estados constitucionales contemporáneos. Gracias a la exigencia de democratizar el control sobre las decisiones judiciales se dio un debate muy importante en Núrenberg en 1968, en el marco del 47 Congreso de la Asociación de Juristas alemanes, dedicado expresamente a la posible aceptación del Sondervotum/abweichende Meinung en el ordenamiento alemán: aceptación que, desarrollada de manera autónoma por parte del Bundesverfassungsgericht (BverfG) a partir del caso Der Spiegel de 1966 —sobre los límites a la libertad de prensa— fue formalizada a través de una enmienda en 1970 a la ley de organización del BverfG de 1951. Este fenómeno del voto particular ha escalado incluso a instancias judiciales supranacionales: el Tribunal Internacional de Justicia, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>211</sup>.

No significa todo lo anterior que el modelo de decisión *per curiam* haya sido superado, aún tiene mucho peso por la tradición y es un modelo funcional al objetivo de decidir con celeridad y eficacia afianzando el precedente. Sin embargo, resulta insuficiente frente a los casos difíciles.

Ahora bien, abordando una perspectiva desde la filosofía política, en los estudios más recientes de la jurisprudencia norteamericana ha surgido un nuevo concepto que es el de *demosprudencia* (*demosprudence*<sup>212</sup>) o jurisprudencia democrática, bajo el cual se encierra la idea de lograr, o por lo menos promover el cambio democrático a través de la jurisprudencia. En este contexto se aborda el papel del voto disidente al que se le ha llamado *demosprudential dissent*, que se traduciría como disentimiento *demosprudencial*, que tiene como características principales las siguientes:

**somete a un control periódico las diferentes lecturas de la categoría “democracia”, tocando los temas de la legitimación, de la responsabilidad y de su traducción institucional; ii) se aparta de la confutación tradicional —ba-**

210.

Ibidem, 161.

211.

Camoni, D. (2020). El voto particular. Una comparación entre España e Italia. Pág. 5.

212.

L. GUINIER, Foreword: *demosprudence through dissent*, en *Harvard Law Review*, vol. 122, 2008, pp. 4-138.

sada únicamente sobre argumentos formales y racionales— en favor de un argumentario “alternativo”, haciendo hincapié sobre experiencias compartidas y valores comunes; iii) se dirige a quien no es juez, es decir al Legislador, a la gente de a pie, a la sociedad en general, con el objetivo de que cada uno aporte algo para modificar las conclusiones de una mayoría judicial<sup>213</sup>.

Desde esta perspectiva, la posibilidad de conocer las argumentaciones utilizadas por quien decide y quien discrepa a través de la “institucionalización” del voto particular contribuye al desarrollo de un debate que, más allá de la reflexión puramente jurídica, ubica a los tribunales en el centro de la vida democrática<sup>214</sup>.

## 7.4. El salvamento de voto en Colombia y en la función consultiva

En Colombia se sigue también el modelo de *opinión del tribunal*, lo que significa que se admite el uso del voto disidente o particular al que en nuestro contexto se le atribuye el nombre de salvamento de voto como antes se mencionó. El salvamento de voto está consagrado como un derecho en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011 así:

**Artículo 129. Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.**

**Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.**

**Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.**

213.

Ibidem.

214.

Ob cit. Camoni, D. Pág. 5.

**Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.**

Si bien es cierto, el salvamento de voto se garantiza como un derecho tal cual se observa en la norma citada, y es expresión de los derechos a la libertad de opinión y expresión, existe en los círculos académicos y judiciales cierto grado de discusión respecto a su conveniencia y utilidad.

En el caso del ejercicio de la función consultiva, sectores conservadores, han expresado preocupación por el uso de esta figura al considerar que debilita el auctoritas que la caracteriza y deslegitima la función en sí misma, pues si de lo que se trata es de orientar al Gobierno en casos de duda sobre determinadas cuestiones jurídicas, no sería correcto, funcional y eficaz ofrecer en respuesta pronunciamientos que en vez de resolver la duda inicial dejen márgenes de incertidumbre más amplios que el que propició la solicitud de consejo u orientación.

Hay desde estas posiciones, una tendencia a privilegiar la unanimidad y/o un consenso así sea forzado y a dejar en reserva la deliberación que lo subyace con una suerte de presión hacia la auto restricción respecto de la expresión de los votos disidentes o particulares. De manera que, no obstante, el sistema formalmente adoptado responde al modelo de *opinión del tribunal* existe un marcado interés hacia mantener el modelo más tradicional que se identifica con la decisión *per curiam*.

Contrario a lo anterior, hay desde luego, posturas opuestas que respaldan el uso del salvamento de voto no solo en garantía de los derechos a la libertad de opinión y expresión, sino como materialización del principio democrático. Adicionalmente, ponen de relieve que el consenso bien puede ser un ideal regulativo, pero que es imposible garantizarlo de forma lineal y permanente. Máxime bajo el presupuesto de un estatuto epistemológico que no permite respuestas exactas a los problemas normativos que son los que se bordan desde el derecho, de modo que, como antes se explicó en el marco de constelaciones amplias de respuestas posibles el grado de corrección es variable, y el disenso versa entonces no sobre la respuesta correcta e incorrecta, sino sobre la que es más o menos correcta.

Así, aun cuando la respuesta mayoritaria se decante por una respuesta correcta de acuerdo con las especificidades del caso, el salvamento de voto puede ser que se ubique en la línea de una respuesta con un mayor nivel o estándar de corrección. En estos casos cobra especial relevancia el voto disidente, esto por cuanto pone de presente al Gobierno consultante que existen vías distintas de solución al problema planteado y que puede decantarse por una u otra según su compromiso y posibilidades hacia la mayor o menor optimización y aplicación de la Constitución.

En este sentido, el salvamento de voto no debilita la función consultiva ni deslegitima su auctoritas, pues el disenso implica mayor esfuerzo argumentativo y no se puede olvidar que el fundamento de la legitimidad del auctoritas está dado por la racionalidad del conocimiento, y en el caso del derecho, el estándar o parámetro de racionalidad es el de la razonabilidad a la cual se llega por medio de la argumentación que viene a constituirse como el método científico jurídico.

Adicionalmente, si se considera que la función consultiva se desarrolla en el marco de un Estado social y democrático de derecho, el salvamento de voto como expresión del disenso, de la libertad de opinión, de expresión, del respeto por la diferencia, y de la protección a las minorías es un derecho que debe tener todas las garantías, y dadas estas garantías es también un deber del juez hacer uso de este, pues en cumplimiento de la carga de transparencia debe poner de presente si existen otras vías de solución al problema jurídico planteado, mucho más si estas implican mayor corrección en tanto son más conformes a la Constitución.

Por lo anterior, forzar la unanimidad sería contrario, esto sí, al auctoritas porque la decisión se tomaría con fundamento en la autoridad, de modo que lo que se ejerce es la función de potestas. En consecuencia, en el ejercicio de la función consultiva como auctoritas, la única coacción admisible es la del mejor argumento, en términos de Habermas, donde ese mejor argumento se alcanza después de pasar por un proceso discursivo entre proponentes y oponentes que problematizan una pretensión de validez y examinan con razones, y solo con razones, si procede reconocer o no la pretensión defendida por el proponente. La intención es la de cerrar la disputa en torno a las pretensiones de validez hipotéticas con un acuerdo racionalmente motivado<sup>215</sup>.

---

215.

Habermas, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social. Vol. I. Madrid: Taurus. Humanidades, 278. 1987a.

## 8.

# La autonomía e independencia en el ejercicio de la función consultiva como elemento fundamental del auctoritas

La autonomía e independencia es una de las características y condiciones de posibilidad de la auctoritas. Esta independencia no solo redundaría en beneficio propio, sino también de la potestas. La independencia del consejero puede fortalecer el reconocimiento social de su saber, imprescindible para que ese saber se considere auctoritas.

La función consultiva aun cuando se presta directamente al Gobierno Nacional tiene sentido sí y solo sí se mantiene al margen de cualquier injerencia de este sobre sus pronunciamientos, la legitimidad del auctoritas como tantas veces se ha mencionado está determinada por el conocimiento y cualquier imposición de criterio o direccionamiento del concepto o dictamen solicitado desvirtuaría el ejercicio de la función consultiva y lo trasladaría más bien al campo de la potestas.

De acuerdo con lo anterior, la función consultiva se ejerce bajo criterios de imparcialidad, neutralidad e independencia y ello solo está garantizado por la neutralización de la influencia o la influencia de sectores políticos, todo bajo un diseño institucional que blinde al órgano consultivo y el apoyo de los Estados como parte esencial del modelo del Estado social y democrático de derecho en el marco de la globalización vista desde una perspectiva emancipatoria.

Algunos de los factores que inciden en la independencia de los jueces, y en el caso de las altas cortes dentro de las que se integra la Sala de Consulta y Servicio Civil son los siguientes:

### 8.1. Calidades, periodo y sistema de elección de los magistrados

En relación con el perfil exigido para ser integrante del Consejo de Estado y de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se debe consultar lo estipulado en el artículo 232 de la Constitución:

**Artículo 232. Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:**

- 1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.**
- 2. Ser abogado.**
- 3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.**
- 4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. Para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la cátedra universitaria deberá haber sido ejercida en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer.**

En cuanto al periodo y los requisitos de permanencia, el art. 233 de la Constitución prescribe que los magistrados de las altas cortes serán elegidos para periodos individuales de 8 años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

Respecto al sistema de elección, de acuerdo a lo estipulado en el art. 231 del texto constitucional, sería el de cooptación mixto, es decir, elige la misma corporación de lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura.

Del perfil requerido lo que se busca es lograr que quienes integren las altas cortes sean profesionales de alto nivel, con un criterio jurídico riguroso, y sin tacha desde el punto de vista ético, todo lo cual supone una protección de la función judicial con base en el mérito y altos estándares de moralidad que mantengan muy en alto la majestad de la justicia, lo que desde luego implica ejercer el cargo con independencia, autonomía y transparencia.

El sistema de elección es muy importante para garantizar la autonomía y la independencia, por ello, se inicia con una convocatoria pública en la que el Consejo Superior de la Judicatura hace una preselección y luego es la propia corporación la que elige, mixtura que en principio garantiza que el acceso al proceso no esté condicionado por influencias indebidas, clientelismo o nepotismo, entre otras.

Asimismo, el periodo fijo sin la posibilidad de reelección despoja al juez de intereses particulares respecto a una permanencia indefinida, o al contrario la preocupación de inestabilidad en el cargo, situaciones que podrían propiciar la suscripción de alianzas o compromisos con sectores políticos en detrimento de la autonomía en el ejercicio de la función.

## 8.2. Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones

Al igual que a los demás funcionarios públicos, le es aplicable a los magistrados de altas cortes este régimen que en esencia prevé situaciones en las que se puede ver comprometida la objetividad del funcionario público para resolver asuntos de su competencia.

## 8.3. Gobierno y administración de la Rama Judicial

En el modelo colombiano es el Consejo Superior de la Judicatura el que administra y ejecuta el presupuesto asignado a la rama Judicial, razón por la cual, los magistrados de altas cortes están excluidos de la gestión de recursos, de la contratación pública y de la ejecución del gasto, labores administrativas que impiden la concentración plena en la gestión judicial y que además constituyen un escenario de riesgo respecto de la independencia y autonomía.

A partir de todo lo expuesto en cuanto a la dimensión axiológica de la función consultiva, se puede concluir que la función consultiva resulta ser de trascendental importancia en la arquitectura constitucional, en la medida en que se articula con un concepto de derecho que busca más allá de lo formal, la materialización de los principios generales del Estado constitucional y democrático de derecho y por ello, no es una instancia inútil o superflua en las democracias, sino que, por el contrario, es uno de esos órganos necesarios en la arquitectura constitucional, por su contribución en la construcción de la democracia y el perfeccionamiento del Derecho:

**[...] para garantizar a la ciudadanía la eficacia práctica de la división de poderes, asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos y del orden constitucional, mantener el sometimiento pleno de la Administración al ordenamiento jurídico, conferir legitimación de ejercicio a los poderes que la tengan de origen y luchar contra todas las inmunidades de poder y arbitrariedades que impidan que el Estado de Derecho sea un Estado de razón<sup>216</sup>.**

Por lo antes dicho, la dimensión axiológica de la función consultiva la define como un dispositivo de control constitucional desde la relación intrínseca que existe entre la función misma con un estatuto valorativo fundado en la razón práctica que se conecta con la optimización de los principios constitucionales en el ordenamiento jurídico.

---

216.

Ibidem, 52.

## 9.

# Importancia de la función consultiva para el Gobierno y la administración pública en Colombia

El ejercicio de la función consultiva tiene una relevancia esencial para el Gobierno y la administración pública, debido a que le permite acceder a una asesoría apropiada y oportuna, dictada en el marco de la Constitución Viviente y del ordenamiento jurídico, en su integridad. Estamos ante un escenario en el cual concurren tendencias como la constitucionalización del derecho, incluyendo al derecho administrativo, y la globalización. Aquí, el Estado debe afrontar múltiples y fluctuantes cambios, desde una perspectiva multidimensional, para lo cual, requiere un respaldo jurídico sólido, técnico y especializado, que le permita implementar medidas pertinentes y audaces y, al mismo tiempo, evitar litigios por la desatención u omisión de sus funciones.

Así, los máximos cuerpos consultivos, encargados institucionalmente de la asesoría estatal, constituyen un baluarte para el idóneo y efectivo ejercicio de las competencias a cargo del Gobierno y la administración, que exigen un concepto jurídico sólido y ajustado al momento mismo de la ocurrencia de los hechos.

En procura de brindar un acercamiento a estas ideas, a continuación se hará referencia a los siguientes aspectos: (i) evolución de la administración pública en el marco de la constitucionalización del derecho y el nuevo paradigma de la gobernanza; (ii) algunos mecanismos de acción que la Sala de Consulta y Servicio Civil en Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, promueve e implementa en procura de responder ante este escenario de constantes y convulsionados cambios que afronta el Gobierno y la administración pública.

## 9.1. La evolución de la administración pública en el marco de la constitucionalización del derecho y el nuevo paradigma de la gobernanza

Actualmente, entre los modelos más recientes de administración pública impulsados en el marco de la globalización se encuentra la gobernanza<sup>217</sup>, que pondera la composición, sobre los métodos tradicionales y autoritarios de administración y, en armonía, privilegia la solución de conflictos mediante mecanismos alternativos. Todo, bajo una lógica de Gobierno interactivo, de coordinación y de colaboración entre los sectores públicos y privados y de colaboración armónica entre los poderes públicos. Aspecto último que en Colombia se encuentra previsto en el artículo 113 de la Constitución Política.

Se trata de una nueva forma de responder a una administración con problemas globalizados y que debe tener como objetivo esencial la salvaguarda de los derechos humanos, de la igualdad, la libertad, la dignidad humana y la supervivencia de la humanidad, como parte del ecosistema que se encuentra en riesgo.

Es función, por tanto, de los máximos órganos consultivos de los Estados recordar que, ante la adopción necesaria de un cambio en la gestión de la cuestión pública, la respuesta debe ser armoniosa con los derechos humanos. Hoy, más que nunca, la agenda global invita a conservar vigentes estos postulados inherentes a toda persona, que han sido positivizados en muchos ordenamientos jurídicos, mediante un marco constitucional que irradia todas las áreas del derecho, incluyendo, aquella que rige al Gobierno y la administración pública.

En el escenario global y constitucional vigente, que se extiende desde el ámbito regional a un plano multinivel, la función consultiva debe considerar en su análisis, además de las constituciones y las leyes de los Estados, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

En esta primera parte, se puede extraer una conclusión importante en relación con el tema que nos convoca y es que:

**El Gobierno, la administración pública, su evolución y adecuación al actual contexto, comprenden, a la vez, la adaptación al vigente modelo de Estado social, constitucional y democrático de derecho, en el marco del fenómeno de la constitucionalización del derecho y de los temas de la globalización que preocupa a todos.**

---

217.

Al respecto puede consultarse: Sierra Cadena, Grenfieth. "El derecho, las políticas públicas y el juez constitucional en una época de crisis". Elementos de Juicio. Temas Constitucionales, núm. 6-7 (2007): 135.

Zurbriggen, Cristina. "Gobernanza: una mirada desde América Latina". Perfiles latinoamericanos 19.38 (2011): 39-64.

## 9.2. Algunos mecanismos de acción que la Sala de Consulta y Servicio Civil en Colombia promueve e implementa

Siguiendo el planteamiento del efecto de refuerzo derivado de la función consultiva y como este se refracta en la arquitectura constitucional, en adelante se hará énfasis en el impacto e incidencia que tiene el ejercicio de algunas de las competencias de la función consultiva en Colombia sobre el Gobierno y la administración pública en casos concretos.

En particular, se hará referencia a continuación, a los conceptos para precaver litigios, una de las variantes de conceptos que emite la Sala y que como antes se expuso, es una de las funciones más recientes que se le han atribuido.

Mediante el trabajo realizado en ejercicio de esta función preventiva, la Sala aporta a la satisfacción de objetivos como los siguientes: (i) precaver el daño antijurídico, (ii) salvaguardar y optimizar los recursos públicos gastados cuando las entidades estatales se demandan entre sí; (iii) materializar la convivencia pacífica; (iv) promover la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; y (v) facilitar la descongestión judicial.

Visto lo anterior, resulta de especial importancia resaltar y fomentar el ánimo conciliatorio como un elemento necesario para que las entidades públicas acudan a métodos alternos de solución de conflictos, con una manifestación de su interés por la buena y efectiva gestión de los recursos públicos, así como de la enunciada colaboración armónica.

Precisamente, en ejercicio de la función de precaver litigios a cargo del Consejo de Estado, mediante la Sala de Consulta y Servicio Civil, esta Corporación adelanta un procedimiento que permite la participación activa de las partes y, finalmente, el concepto emitido puede contribuir a remediar parcial o totalmente la controversia.

En ejercicio de esta función, la Sala ha proferido distintos conceptos de gran relevancia para la administración. Entre ellos se destacan, por ejemplo, el concepto 00003, del 13 de diciembre de 2021<sup>218</sup>, mencionado antes.

Igualmente, se encuentra el concepto 00004, del 22 de noviembre de 2022<sup>219</sup>, para solucionar una controversia jurídica entre el Departamento Nacional de Planeación y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTERRITORIO) en el cual se solicitó a la Sala emitir un concepto que permitiera a dichas partes solucionar sus controversias jurídicas, en relación con la ejecución y liquidación de un contrato interadministrativo, con el fin de precaver el eventual litigio que podría surgir entre ellas, a raíz de esta situación, y liqui-

218.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 011001-03-06-000-2021-00084-00, M.P. Ana María Charry Gaitán.

219.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 011001-03-06-000-2021-00138-00, M.P. Ana María Charry.

dar bilateralmente el negocio, el cual se expondrá con mayor detalle más adelante. En este caso, se evitaron procesos judiciales que hubieran podido durar muchos años y se precavó desgastantes litigios y el gasto de honorarios costosos a abogados. En contraste, se priorizó la búsqueda de una fórmula para salvar proyectos cuya materialización es crucial en los sectores más sensibles de la sociedad, que son los destinatarios de los recursos de regalías y para las regiones más vulnerables de Colombia.

Cabe mencionar que, los conceptos para precaver litigios se emiten, en principio, a solicitud del Gobierno Nacional o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Sin embargo, según concepto emitido por la Sala, también pueden activar esta función las entidades territoriales.

En efecto, sumado al Gobierno Nacional, que tradicionalmente ha tenido la potestad de acudir ante la Sala de Consulta, actualmente, el marco jurídico colombiano reconoce que esa posibilidad la tiene también la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-031 de 2023<sup>220</sup>, declaró constitucional la legitimación por activa de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para activar las funciones de precaver litigios o poner fin a uno existente.

Lo anterior, con sustento en que esa posibilidad que tiene la Agencia 1) persigue una finalidad compatible con la Carta Fundamental, **pues tiene por objeto reducir la congestión de la jurisdicción contencioso-administrativa para hacerla más ágil y eficaz**, al precaver litigios eventuales o poner fin a los existentes entre entidades del Estado. Y 2) es idónea para alcanzar dicha finalidad, pues, por un lado, la Agencia es una entidad especializada en la defensa jurídica del Estado y, por otro lado, la medida no desconoce los límites constitucionales del legislador en la asignación de funciones al Consejo de Estado, en particular a su Sala de Consulta y Servicio Civil.

Así mismo, de forma también reciente, la Sala se pronunció de manera positiva sobre la legitimidad de las entidades del nivel territorial para activar sus funciones de precaver litigios, como se desprende del concepto 2494, emitido el 16 de mayo de 2023<sup>221</sup>, para lo cual se realizó una interpretación sistemática e integral de las funciones de la Sala con el numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011.

En conclusión, actualmente, los conceptos para precaver litigios pueden ser emitidos a solicitud del Gobierno Nacional, de los gobiernos locales, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con todas las bondades que ello significa para la administración pública.

Sobre este punto puede observarse la incidencia de la Sala de Consulta en la definición de planes de acción de las entidades públicas, para el caso específico de la ANDJE y a propósito de los conflictos para precaver litigios la agencia propuso en octubre de 2023 como retos de gestión los siguientes:

220.

Corte Constitucional, expediente radicado con el número D-14.766, M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 19 (parcial) de la Ley 2080 de 2021.

221.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 11001-03-06-000-2022-00290-00, M.P. Óscar Darío Amaya Navas.



## *Retos de la agencia*

1. Establecer una estrategia para el seguimiento de los resultados de los conceptos que emite el Consejo de Estado.
2. Formular proyectos de ley, agenda regulatoria y lineamientos, en aras de brindar herramientas para que las entidades públicas diriman sus conflictos, a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.
3. Implementar, de manera extensiva, los mecanismos de mediación y solicitud de concepto al Consejo de Estado, en aplicación de la decisión 2494 de 2023 (funciones de la Agencia) en las entidades territoriales.
4. Hacer intensiva la utilización de los mecanismos de mediación y solicitud de concepto en entidades públicas del orden nacional.

**Todo lo anterior para precaver, terminar litigios y así garantizar la prevención del daño antijurídico y evitar la sobrecarga que comporta el mismo para la gestión y el patrimonio de las entidades públicas y para el sistema judicial colombiano.**

Finalmente, revisadas las estadísticas de los últimos 3 años, en relación con los conceptos ordinarios y aquellos que se emiten para precaver litigios o poner fin a los existentes, se observa que algunos de los temas más consultados se relacionan con el derecho laboral público y privado y de la seguridad social; el manejo y uso de los recursos y servicios públicos; el sistema electoral y otros mecanismos de participación ciudadana; la estructura del Estado y el régimen institucional; la contratación estatal; el tránsito y el transporte, entre otros.

Es importante resaltar que los conceptos, por lo general, abordan más de una materia simultáneamente, debido a la diversidad de los asuntos consultados a la Sala. Sin embargo, a grandes rasgos, en términos de los temas más recurrentes, pueden discriminarse así<sup>222</sup>:

|  |
|--|
| <b>Laboral y seguridad social</b>                    |
| <b>Recursos públicos</b>                             |
| <b>Electoral y mecanismos de participación</b>       |
| <b>Estructura del Estado y régimen institucional</b> |
| <b>Contratación estatal</b>                          |
| <b>Tránsito y transporte</b>                         |
| <b>Servicios públicos</b>                            |

Puntualmente, en materia de conceptos para precaver litigios, después de la modificación de la Ley 1437 de 2011, al año 2022, 3 de 5 conceptos emitidos se relacionan con el régimen de contratación estatal y, los 2 restantes, con recursos públicos<sup>223</sup>, puntualmente, en materia de derecho tributario.

Cabe resaltar que un indicativo de la incidencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil en la administración pública es la presentación de la solicitud de levantamiento de reserva anticipada, que da cuenta de la aceptación o importancia que tiene el concepto y la necesidad de la divulgación del mismo, así como de su aplicación o implementación, según corresponda, en la gestión pública.

222.

Fuente: Conceptos solicitados a la Sala de Consulta y Servicio Civil entre los años 2020 a julio de 2023. Según la base de datos de la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

223.

Fuente: Conceptos para precaver litigios emitidos en el año 2019 a 2022. Según base de datos Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Por ejemplo, en el 33% de conceptos en los que se ha levantado la reserva en el último año se han presentado solicitudes para tal efecto de forma anticipada<sup>224</sup>, en temas relacionados con:

- **Garantías constitucionales como la consulta previa, establecida en beneficio de población cuya protección, garantía y respeto de derechos tiene un enfoque diferencial<sup>225</sup>;**
- **La estructura del Estado en sí misma considerada<sup>226</sup>; el régimen institucional y electoral de servidores públicos<sup>227</sup>**
- **La contratación estatal, en particular, respecto del régimen contractual de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD)<sup>228</sup>; el uso de poderes exorbitantes para la modificación de los contratos<sup>229</sup> y la terminación y liquidación de convenios interadministrativos<sup>230</sup>, el tránsito y transporte<sup>231</sup>.**

---

|   |   |  |   |
|---|---|--|---|
| <p><b>224.</b></p> <p>De 33 conceptos en que se ha levantado reserva desde enero de 2022 a junio de 2023, en 11 el Gobierno solicitó que se levante la reserva de forma anticipada. Fuente: Conceptos con levantamiento de reserva, emitidos en el año 2022 a 2023. Base de datos de la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.</p> | <p><b>225.</b></p> <p>Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Autoridad u órgano competente para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de delegados. Procedimiento. Consulta previa: marco normativo y estándares que la rigen. Concepto 2504.</p> | <p><b>226.</b></p> <p>Creación o autorización de entidades administrativas descentralizadas por servicios. Artículo 69 de la Ley 489 de 1998. Estudio demostrativo. Concepto 2496.</p> | <p><b>227.</b></p> <p>Competencia para adelantar el proceso administrativo que declare la vacancia por abandono del cargo, en el marco de la Ley 2200 de 2022. Concepto 2492.</p> |
| <p><b>228.</b></p> <p>Interpretación incisa 3 del artículo 1 del Decreto Ley 589 de 2017 y las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-067 de 2018, respecto del régimen contractual de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD). Concepto 2488.</p>   | <p><b>229.</b></p> <p>Facultades de las entidades estatales para modificar contratos (Ley 80 de 1993, art 16). 2482.</p>  | <p><b>230.</b></p> <p>Terminación y liquidación de convenios interadministrativos en el marco de la orden de la sentencia C-153 de 2022 (CON MENSAJE DE URGENCIA). Concepto 2489.</p>  | <p><b>231.</b></p> <p>Contrato de concesión para la prestación del servicio público del RUNT. Prórroga, adición y continuidad en la prestación del servicio. Concepto 2473.</p>   |

- **Aspectos del régimen tributario<sup>232</sup>; los contratos de arrendamientos para zonas francas<sup>233</sup>; y el espectro radioeléctrico<sup>234</sup>.**

Entre las entidades que, en mayor medida, elevan consultas a la Sala y solicitan levantar reserva se encuentran el Ministerio del Interior y el Ministerio de Tecnología, la Información y las Comunicaciones<sup>235</sup>.

Así las cosas, queda en evidencia la estrecha relación entre la Sala de Consulta y Servicio Civil, el Gobierno y la administración pública. Los altos asesores institucionales, pertenecientes a este cuerpo colegiado, ejercen sus funciones, con la autonomía e independencia que les exige el Estado Social y Constitucional de Derecho. Con ello contribuyen al cumplimiento de la gestión pública con conceptos jurídicos sólidos que se emiten desde una visión sistemática, integrada y multinivel del ordenamiento jurídico.

Lo anterior, por medio de pronunciamientos que están a la vanguardia de las tendencias en que se subsume el derecho actualmente, entre ellas, la constitucionalización, la cual conduce a la aplicación real y efectiva de la Constitución Viviente como base en la interpretación y aplicación de la ley, los decretos, las resoluciones y los demás actos administrativos.

Esta labor se ejerce en un contexto global sumergido en problemáticas profundas que exigen un ejercicio célere de funciones, en procura de contribuir a su solución de forma idónea y eficaz. Lo que requiere, por demás, realizar no solo la interpretación más ajustada y correcta del marco jurídico, sino promover la aplicación oportuna de estos preceptos, evitar que se agudicen los conflictos vigentes y, en cuanto estos se generen, auspiciar por una solución en la medida de lo posible conciliada y pronta, en particular, cuando los involucrados en el conflicto sean ambas personas jurídicas de derecho público, considerando los recursos humanos y temporales que ello implica, los cuales podrían destinarse a satisfacer otros fines Estatales de especial relevancia.

---

| 232.  | 233.  | 234.   | 235.  |
|---|---|--|---|
| <p>Consulta formulada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio sobre la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia", prevista en la Ley 1697 de 2013. Concepto para preaver litigios PL00005.</p> | <p>Posibilidad de expedir un decreto que autorice al Ministerio de Comercio a prorrogar por una sola vez el contrato de arrendamiento de los terrenos de propiedad de la Nación dispuestos para el uso de zonas francas. Concepto 2478.</p> | <p>Asignación directa temporal del (ERE). Cálculo del tope máximo de asignación del espectro. El Espectro Radioeléctrico es un recurso natural, de carácter limitado, que constituye un bien de dominio público, sobre el cual el Estado ejerce su soberanía. Es asimismo, un medio intangible que puede utilizarse para la prestación de diversos servicios de comunicaciones, de manera combinada o no con medios tangibles como cables, fibra óptica, entre otros. Concepto 2477.</p> | <p>* El Ministerio del Interior: 3 de 11 solicitudes; * El Ministerio de Justicia, Tecnología de la información y las Comunicaciones: 2 de 11 solicitudes; * Los Ministerio de Transporte, Vivienda, Comercio y el Departamento Administrativo de la Función Pública: cada uno 1 de 11 solicitudes;</p> |

# 10.

## Importancia de Sala de Consulta y Servicio Civil en el desarrollo de la actividad legislativa

La creación de leyes en un ordenamiento jurídico es un proceso tradicionalmente exigente, que goza de una serie de etapas y de reglas concretas, reguladas por la Constitución y la ley.

La iniciativa legislativa, en consecuencia, es el primer paso para activar el proceso reglado de formación y aprobación de una disposición normativa, ya que se refiere a la potestad que tiene una entidad, una corporación o un grupo de personas, para presentar ante el Congreso, un proyecto específico, y para que el Senado y la Cámara de Representantes le den el curso que corresponda, a fin de que en algún momento resulte ser, una ley de la República<sup>236</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, es la Constitución nacional la que determina quiénes gozan o no de iniciativa legislativa. De hecho, tanto el Gobierno (Ejecutivo) como del Consejo de Estado (Judicial) gozan de dicha iniciativa, lo que resulta de especial relevancia para la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues algunas de las competencias legislativas que le atribuye la ley se enmarcan y se desarrollan en consonancia con alcances de la iniciativa legislativa descrita para estos actores.

En efecto, como se verá más adelante, los artículos 112 y 113 de la Ley 1437 de 2011, modificados por la Ley 2080 de 2021, establecen, entre otras funciones, que a la Sala de Consulta y Servicio Civil le corresponde preparar, sea por petición del Gobierno, de la Sala Plena del Consejo de Estado, o incluso a mutuo propio, proyectos de ley que pueden dar inicio al trámite legislativo correspondiente. También le corresponde revisar a petición del Gobierno, los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este, para efectos de su divulgación; y realizar estudios sobre temas de interés para la administración pública.

Esa potestad que tiene la Sala de crear proyectos de ley en diversas materias (a petición del Gobierno) y en asuntos relacionados con sus funciones (a petición del Consejo de Estado y a mutuo propio) —además de revisar proyectos de compilaciones y proponer reformas norma-

---

236.

Ver Corte Constitucional Sentencia C-266 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara

tivas—, da cuenta de las competencias de la Sala en materia legislativa. Atributos que a veces pasan desapercibidos, ante el abanico de funciones complejas y activas que le corresponden, en materia de consultas, conflictos de competencia, etc.

Por esta razón, se considera importante revisar, en primer lugar, (i) qué se entiende por la actividad legislativa de la Sala y en qué consiste, y (ii) ahondar en algunos ejemplos de cómo esta gestión ha sido fructífera en temas legislativos importantes.

## 10.1. El concepto de “actividad legislativa”

Para efectos de este texto, entendemos por actividad legislativa de la Sala de Consulta y Servicio Civil, las atribuciones que la ley le concede a la Sala —en los artículos 112 y 113 de la Ley 1437 de 2011, modificados por la Ley 2080 de 2021— que le permiten: (a) revisar o preparar, a petición del Gobierno Nacional, **los proyectos de ley y de códigos** que este quiera presentar al Congreso (numeral 2 del art. 112); así como (b) preparar, a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado (o por iniciativa propia), proyectos de **acto legislativo y de ley**, en las materias que funcionalmente le correspondan (numeral 3 del artículo 112). También incluimos dentro del concepto, (c) las competencias que le fueron asignadas a la Sala, para revisar proyectos de compilaciones que realice el Gobierno (numeral 4); (d) la de proponer reformas normativas en los temas de la Administración Pública que considere necesarias (numeral 5), y en general, (e) la potestad de ser escuchada, antes de que se propongan proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado (art. 113).

Tales atribuciones las denominamos como “legislativas”, pues desde el punto de vista material, integran en muchos casos, el proceso de formación de las leyes, así no sean parte del trámite formal establecido en la Constitución o la ley para expedir las normas. Indiscutiblemente son funciones que interactúan con las atribuciones que constitucional y legalmente se le confían, tanto al Gobierno Nacional como el Consejo de Estado para presentar proyectos de Ley, pues son ellos quienes gozan de *iniciativa legislativa*. No obstante, con independencia de lo anterior, tales normas también autorizan a la Sala de Consulta y Servicio Civil a proponer sus propias reformas legislativas cuando sea necesario, bajo la égida de la iniciativa legislativa general del Consejo de Estado.

Por lo tanto, se trata de una labor de la Sala, en la que ella suministra o aporta al proceso legislativo, en ocasiones —total o parcialmente—, el proyecto de ley objeto de la solicitud o debate, para su trámite correspondiente. O su corrección o revisión, sea a petición del Gobierno, de la Sala plena del Consejo de Estado, o a mutuo propio. En este último caso, incluso puede proponer proyectos de acto legislativo en los temas que le correspondan, para debate y presentación final al Legislativo, por parte del Consejo de Estado.

## 10.2. Tipos de actividades legislativas que desarrolla la Sala de Consulta

Muchas de las competencias de la Sala de Consulta arriba descritas, son el producto de determinaciones legislativas recientes que propendieron por fortalecer sus competencias generales, a partir del CPACA. Sin embargo, la atribución legislativa relacionada con la preparación de proyectos de ley a petición del Gobierno, si es de vieja data, ya que incluso bajo el mandato de la Carta del 86 y en vigencia del *Decreto Ley 01 de 1984* —Código Contencioso Administrativo— la Sala de Consulta y Servicio Civil ya contaba con esa atribución, según el artículo 98 del CCA<sup>237</sup>.

Más adelante, con la Carta del 1991, y en particular bajo la regulación de la *Ley 270 de 1996* (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), se dispuso nuevamente en el artículo 38, como competencia particular de la Sala en estas materias, la de “*Preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno Nacional (...) para su presentación a la consideración del Congreso*”.

Sobre este artículo se pronunció además la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996 que revisó, de forma previa, la constitucionalidad del proyecto de ley que se convirtió en la ley estatutaria, en el que si bien la Corte declaró inexequibles algunos apartes de los numerales 1 y 6, y condicionalmente exequible el resto del artículo 38, “bajo las condiciones previstas en esta providencia”, en lo que respecta al numeral segundo relacionado con la facultad en cabeza de la Sala de Consulta de preparación de estos proyectos de ley, dijo lo siguiente:

**En cuanto a la labor de preparar proyectos de ley y de códigos, estipulada en el numeral 2, responde a una atribución que ha estado en cabeza de la Sala de Consulta y Servicio Civil desde el momento mismo de su creación, la cual se limita a la simple preparación del proyecto de ley pero no a su presentación ante el Congreso de la República, pues ello recaerá en el Gobierno Nacional. Igualmente, debe puntualizarse que esta es una tarea que no se relaciona ni atenta contra la posibilidad de que el Consejo de Estado prepare y presente proyectos de ley sobre los asuntos de su competencia (Arts. 156 y 237-4 C.P.), ni con la atribución del Consejo Superior de la Judicatura de proponer proyectos de ley y códigos relativos a la administración de justicia (Art. 257-4 C.P.). [Énfasis propios].**

---

237.

Relacionada con preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomendara el Gobierno para su presentación al Congreso, y la de ordenar y corregir las ediciones oficiales de códigos y leyes.

Con la expedición de la *Ley 1437 de 2011* —Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo— se buscó claramente, fortalecer las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en diversas materias. En lo concerniente a las atribuciones legislativas, se continuó con algunas competencias clásicas en materia de preparación de proyectos, pero se adicionaron otras nuevas, conforme con los artículos 112<sup>238</sup> y 113<sup>239</sup> indicados.

Tales normas, en su conjunto, establecieron atribuciones adicionales a la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia legislativa y le concedieron en general, las siguientes competencias:

1. ***La clásica, de revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos.***
2. ***La de preparar, a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia, proyectos de acto legislativo y de ley (artículo 112, numeral 3). Se destaca de esta función novedosa, el hecho de que autoriza por primera vez a la Sala de Consulta y Servicio Civil, de manera autónoma, a tener iniciativa propia para la propuesta de proyectos de actos legislativos y de proyectos de ley, en asuntos de su competencia. Una situación que indica que con independencia de los requerimientos de la Sala Plena del Consejo de Estado y del Gobierno, puede proponer a la Corporación a la que pertenece, proyectos de ley o modificaciones de la Constitución que considere relevantes. Como se verá más adelante, sin embargo, dado que la Sala de Consulta no tiene iniciativa legislativa propia, dichas propuestas deberán desarrollarse en el marco de la iniciativa legislativa del Consejo de Estado.***

238.

Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por 4 Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. // Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario. // La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones: [...] // 2. Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República. // 3. Preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia proyectos de acto legislativo y de ley. // 4. Revisar a petición del Gobierno los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación. // 5. Realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas. [...] // 12. Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley.

239.

Artículo 113. Concepto previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil deberá ser previamente oída en los siguientes asuntos: // 1. Proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado. // 2. Todo asunto en que por precepto expreso de una ley, haya de consultarse a la Sala de Consulta y Servicio Civil. // Parágrafo. En los casos contemplados en el anterior y en el presente artículo, los conceptos serán remitidos al Presidente de la República o al Ministro o jefe (de) Departamento Administrativo que los haya solicitado, así como a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

3. **Revisar, a petición del Gobierno Nacional, los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este, para efectos de su divulgación (ib., numeral 4). Una función que más allá de los proyectos de ley, le permite dar sentido a las propuestas compilatorias del Gobierno.**
  
4. **Realizar los estudios que, sobre temas de interés para la administración pública, la Sala estime necesarios, para proponer reformas normativas (ib., numeral 5). Esta competencia, ligada a la primera analizada, supone que la Sala puede promover reformas normativas en temas de interés para la administración pública, lo que expande el universo temático sobre el que puede presentar sus proyectos de ley. Con todo, como no goza de iniciativa legislativa autónoma, en aquellos temas ajenos a la administración de justicia y/o a los asuntos contencioso administrativos que competen al Consejo de Estado, las reformas deberán proponerse al Gobierno, para que sea en virtud de sus competencias, que se avance en dichas propuestas legislativas descritas.**
  
5. **Pronunciarse sobre los proyectos de ley o de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado (artículo 113, numeral 1). Se trata de una competencia que asegura que la opinión de la Sala sea considerada en los procesos legislativos que se desee iniciar, en aquellos aspectos ligados a la competencia y funcionamiento del Consejo de Estado, mediante conceptos. Una función que promueve el rigor y el análisis de las propuestas que incidan en las funciones del Consejo de Estado.**

Con la expedición de la *Ley 2080 de 2021*, que modificó la norma previa, no se hicieron grandes modificaciones en cuanto a las funciones legislativas de la Sala, por lo que el despliegue de las competencias descritas se mantiene incólume.

Ahora bien, a pesar de la diversidad temática que ofrecen estas nuevas competencias y las oportunidades de análisis propio que le brindan a la Sala para proponer modificaciones legislativas, algunas de ellas se encuentran inmersas en los alcances y factores que consolidan y condicionan la *iniciativa legislativa en cabeza del Gobierno o del Consejo de Estado*.

No obstante, muchas de estas atribuciones concedidas por la ley, le permiten a la Sala, en todo caso, tener impactos positivos en la creación o modificación de la ley, en aspectos relevantes para la administración pública o incluso promover cambios, no solo legales sino constitucionales, en aquellos aspectos ligados a sus funciones judiciales, contencioso administrativas o en general a las relacionadas con las funciones del Consejo de Estado.

Esa capacidad de proposición de la Sala, se desarrolla a través de estudios temáticos, la realización de proyectos de ley o de actos legislativos y la socialización de estas propuestas,

cuando lo hace de manera autónoma, o a través de la solicitud por parte del Gobierno o de la Sala Plena del Consejo de Estado, para que realice tales proyectos, revise otros, o proponga cambios concretos en aspectos que le interesan a tales autoridades.

En estos eventos, se requiere considerar los límites y los alcances de la iniciativa legislativa descrita, tanto del Gobierno como del Consejo de Estado, para darle sentido a las funciones que la Sala despliega, en materia de producción y revisión normativa.

Lo anterior supone en el caso de las peticiones del Gobierno, que los ejes temáticos sobre los que se puede desplegar la labor de la Sala pueden llegar a ser bastante amplios, como apoyo a la labor normativa del Gobierno, ya que su iniciativa legislativa es muy variada y hay asuntos que le son reservados, y que solo el Gobierno puede introducir.

En lo que concierne al Consejo de Estado, las solicitudes que eventualmente se le presenten a la Sala, pueden encontrarse limitadas a los ejes temáticos ligados de manera muy directa a la actividad contencioso-administrativa o judicial propia de esa corporación, ya que es sobre estos aspectos temáticos en los que se concentra la iniciativa legislativa del Consejo de Estado, como ya se mencionó.

Finalmente, la labor autónoma de la Sala en materia de propuestas normativas ligadas a temas relevantes para la administración pública puede tener salidas muy importantes, aún en desarrollo, en escenarios técnicos particulares. En particular, porque los temas relevantes para la administración son significativamente amplios, por lo que su competencia legislativa puede desarrollarse en muchas áreas.

### 10.3. Algunos desarrollos recientes relacionados con las atribuciones legislativas de la Sala

En relación con las funciones de revisar o preparar proyectos de actos legislativos, códigos, leyes y otro tipo de disposiciones, así como de realizar estudios sobre temas de interés para la administración pública, con el fin de proponer reformas normativas (artículo 112, numerales 2, 3 y 5), la Sala de Consulta y Servicio Civil ha realizado, en los últimos años, algunos estudios y ha propuesto al Gobierno Nacional varias normas, para ser implementadas mediante reformas constitucionales, leyes o decretos.

Entre los más relevantes, en los que la Sala colaboró de manera especial, se encuentra el proyecto de ley que dio forma al CPACA. En efecto, mediante el Decreto 4820 de 2007, el Gobierno Nacional creó la Comisión para la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el fin de “estudiar la modificación del Código Contencioso Administrativo, incluyendo la reducción de los diferentes procedimientos judiciales que se aplica [ban] en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la determinación sobre la viabilidad de implementar la oralidad en esta jurisdicción” (artículo 1).

Esa Comisión, de la cual formaron parte todos los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil y un consejero de cada una de las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otros miembros, propuso finalmente el proyecto de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se presentó al Congreso de la República y que se convirtió en la Ley 1437 de 2011.

Con todo, existen otras iniciativas relevantes en materia legislativa, en los que participó la Sala de Consulta y Servicio Civil entre las que se pueden citar las siguientes:



**El proyecto de nuevo Código Electoral colombiano<sup>240</sup>;**



**Proyecto de decreto sobre directrices generales de técnica normativa<sup>241</sup> [Decreto 1609 de 2015];**



**Proyecto de ley sobre depuración normativa<sup>242</sup> [Ley 2085 de 2021]**



**La revisión de varios proyectos de acto legislativo y de ley estatutaria sobre reforma a la Justicia<sup>243</sup>**



**Los anteproyectos de ley que derivaron en la Ley 2080 de 2021.**

No obstante, hacia el futuro, las competencias normativas autónomas de la Sala ofrecen un panorama interesante para explorar. Esa labor, en materia de propuestas legislativas ligadas a temas relevantes para la administración pública puede tener salidas muy importantes. Se trata de atribuciones que tienen la potencialidad de ofrecer alternativas normativas técnicas, a problemas de la administración relevantes, que la Sala puede identificar a través de sus distintas competencias cotidianas.

240.

Declarado recientemente inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-133-22, expediente PE-050, por vicios en el trámite del proyecto de ley, en el Congreso de la República (comunicado de prensa del 21 de abril de 2022).

241.

Decreto 1609 de 2015, "por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el Título 2 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República".

242.

Ley 2085 de 2021.

243.

El último proyecto de modificación a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -Proyecto de Ley 475 de 2021 Senado, 295 de 2020 Cámara, acumulado con los Proyectos de Ley 430 y 468 de 2020 Cámara, recientemente revisado en la Corte Constitucional.

# 11.

## La Sala de Consulta y Servicio Civil como el mayor tanque de pensamiento del país

Dentro de las funciones asignadas a la Sala de Consulta por el numeral 5 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 se encuentra la siguiente:

**5. Realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas.**

Esta función con un potencial de desarrollo extraordinario concibe a la Sala de Consulta como un observatorio de la administración pública, cuyo propósito es el de analizar el desarrollo de la función pública y a partir de esa labor identificar temas de impacto o interés para Gobierno Nacional sobre los que se requiera: (i) orientación para ajustar los cursos de acción en mayor medida a la Constitución y el marco legal derivado de ella que les sea aplicable; y (ii) articular propuestas de reforma orientadas a la optimización del servicio público.

En desarrollo de esta función, la Sala puede ser un gran aliado estratégico del Gobierno en el trámite de las reformas que se propone adelantar ante el congreso. Esto en la medida en que puede recibir asesoría altamente cualificada para el diseño y propuesta de los textos de reforma, de manera que la intervención del cuerpo consultivo en los proyectos de ley permita cumplir con altos estándares de técnica legislativa, desatendidos con frecuencia por en los proyectos y que pasan desapercibidos en los parlamentos.

Esta labor de acompañamiento previo, que va desde el estudio y análisis del tema o problemática hasta la proyección del texto, supone un cierto control previo a los productos legislativos que, al no ser vinculante, respeta en todo caso las competencias tanto del Ejecutivo como del legislativo y se evita la falla legislativa que pueda derivar en demandas de inconstitucionalidad o en problemas de indeterminación normativa que en vez de fortalecer entorpezcan el ejercicio de la función administrativa.

La función de realización de estudios por parte de la Sala de Consulta cobra especial interés en el marco de los procesos de repensar el país que hoy están en curso, y que proponen cambios profundos en ámbitos tan trascendentales como el de la salud, trabajo y educación

todos ellos que pueden variar el ámbito de garantía de los derechos fundamentales, y por ello merecen especial cuidado en su trámite. Adicionalmente, hay iniciativas de cambio en materia tributaria, de presupuesto, de contratación, que si se miran en conjunto pueden ir consolidando un paradigma de cambio paulatino pero profundo en el ordenamiento jurídico que sin duda requiere un seguimiento para que se ajusten a nuestro paradigma constitucional.

En desarrollo de esta función, la Sala está implementado un proyecto piloto de Observatorio, que se erige como un centro de investigación, seguimiento y pensamiento, destinado a la construcción de estudios jurídicos relevantes para la administración pública en general.

## 12.

# Relación de la Sala de Consulta y Servicio Civil con la Corte Constitucional y la Sala Contenciosa del Consejo de Estado

Partiendo de la tesis de la constitucionalización del derecho y particularmente del derecho administrativo, y de qué tanto el control constitucional y la función consultiva son parte de una cara bifronte, en la que el Tribunal Constitucional realiza un análisis abstracto o concreto del alcance normativo de los valores, principios y derechos constitucionales, mientras que por su parte la función consultiva se encarga de la asesoría al Gobierno Nacional para buena aplicación práctica de la Constitución y de la ley, esto es, del Derecho Viviente, se pasa a explicar cómo se da la interacción de la Sala de Consulta y Servicio Civil, por un lado, con la Corte Constitucional y por otro lado, con la Sala Contenciosa del propio Consejo de Estado, institución de la que hace parte.

Esta interacción se analizará desde la visibilidad e impacto que han tenido los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

### 12.1. Acogida de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil por parte de la Corte Constitucional

Para abordar este análisis se presentarán algunas estadísticas que pueden dar cuenta del nivel de acogida de los conceptos de la Sala en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y a partir de estas se hará una caracterización de esa citación; posteriormente se revertirá ese ejercicio para determinar cuál es el alcance de la jurisprudencia constitucional en los conceptos de la Sala.

Al consultar en la relatoría de la Corte Constitucional las providencias en las que se hace cita textual de la “Sala de Consulta y Servicio Civil”, esta arroja un total de aproximadamente 700 providencias que se distribuyen en: sentencias de control abstracto de constitucionalidad (360), sentencias de unificación (49) y sentencias de tutela o derecho de amparo (281).

Al extraer una muestra representativa de este gran total y analizar el tipo de citación realizada, se tiene que en general se consultan tanto para el control abstracto como concreto de constitucionalidad los pronunciamientos de la Sala de Consulta, para documentar interpretaciones de normas administrativas, ya sea porque sean objeto de cuestionamiento constitucional o porque sirvan de soporte a las pretensiones de los accionantes en sede de tutela en casos en los que hay una estrecha relación entre el tema o asunto administrativo y un derecho fundamental.

Llama la atención que en un porcentaje alto los conceptos de la Sala se alegan como fundamento de pretensiones por parte de los intervinientes en sede de control abstracto de constitucionalidad, para defensa de su interpretación de la norma en revisión y de los litigantes en sede de tutela para sustento de sus pretensiones del derecho de amparo o tutela.

En el caso de la incidencia de los conceptos de la Sala en el control abstracto de constitucionalidad se explica en la medida en que varios de los intervinientes en esos procesos generalmente son integrantes del Gobierno Nacional o de entidades de la administración pública, que interactúan de forma habitual con la Sala a través del ejercicio de la consulta.

En el segundo caso del derecho de tutela o de amparo, la explicación podría entenderse como consecuencia de una visibilidad importante de la labor de la Sala y de la penetración de su doctrina en la cultura jurídica nacional que se fundamenta como aquí se ha mencionado en el *authoritas*, la legitimidad de los conceptos, la “fuerza de los buenos argumentos” o “la pretensión de corrección normativa” de que gozan los conceptos de la Sala, de manera que sus conceptos son un recurso útil tanto para litigantes, como para la jurisprudencia de los jueces y de las Cortes.

Ahora bien, cuando la Corte acoge los conceptos de la Sala, en la mayoría de los casos se hace alusión a tales conceptos de forma ilustrativa o descriptiva del desarrollo doctrinal que ha tenido un tema o materia en sede administrativa, que generalmente va acompañada también de la exposición de la posición que sostiene sobre el mismo tema la sección contenciosa del Consejo de Estado según corresponda. Posturas que por lo general coinciden, lo cual demuestra consistencia y coherencia de la doctrina de la Sala de Consulta con el Precedente de las secciones contenciosas.

En general, puede decirse que la acogida de los conceptos de la Sala supone un reconocimiento a su labor como intérprete autorizado del tema en cuestión. Interpretación legítima que, bien puede señalarse que aporta elementos para mejor proveer desde la perspectiva dogmática y conceptual, lo que constituye una fundamentación importante para la solución del caso concreto.

Dos ejemplos muy recientes de la incidencia de los conceptos de la Sala en los fallos de la Corte Constitucional serían los siguientes:

**En primer lugar, está la sentencia C-091/22, que declaró inexecutable la figura del control automático e integral de los fallos con responsabilidad fiscal consagrada en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se reformó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —Ley 1437 de 2011—.**

En esta sentencia se consideró la caracterización hecha por la Sala en el Concepto 2393 de 2019 de los fallos con responsabilidad fiscal como actos administrativos susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y la interpretación del alcance del artículo 42 de la Ley 1952 de 2019, en el supuesto de la causal de inhabilidad para desempeñar cargos públicos derivada del hecho de haber sido declarado responsable fiscalmente, respecto de lo cual, la Sala manifestó que “la duración de la inhabilidad depende —en primer término— de la conducta de la persona que ha sido declarada responsable fiscalmente”.

Es de anotar que, frente a las disposiciones declaradas inconstitucionales en esta sentencia, de forma previa a su declaratoria de inexecutable, la Sala Plena del Consejo de Estado, la cual también está integrada por los consejeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante Auto de Unificación de junio de 2021, aplicó la excepción de inconstitucionalidad de estas disposiciones en ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

**En segundo lugar, está la sentencia C-089/22, en la cual se ejerció control de constitucionalidad del Acto Legislativo número 2 del 25 de agosto de 2021, por medio del cual se crean 16 circunscripciones transitorias especiales de paz para la Cámara de Representantes en los periodos 2022-2026 y 2026-2030. Aquí, en la verificación de los requisitos de trámite de esta norma se debía establecer si fue expedida dentro de la vigencia del Acto Legislativo número 1 del 7 de julio de 2016 mediante el cual se fijó el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, llamado comúnmente “Tránsito Rápido” o *Fast Track*, para el trámite ágil y abreviado en el Congreso de la República de los proyectos de acto legislativo y de ley necesarios para la implementación del Acuerdo Final de Paz, y para la verificación de dicho requisito se acogió específicamente la definición de los límites temporales y la interpretación de plazos de este procedimiento, es decir, del vencimiento del término del procedimiento legislativo especial para la paz hecho por la Sala, en el concepto 2360 de 2017.**

## 12.2. Acogida de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil por parte de las secciones de Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

En Colombia la función consultiva es ejercida por el Consejo de Estado, que integra, además, la función contenciosa. Esta sinergia orgánica supone una íntima unidad entre lo consultivo y lo contencioso, sobre la que tanto insistía Santi Romano.

En estos sistemas, los dictámenes consultivos cuentan con el refuerzo orgánico que haría suponer que el órgano que emite su parecer en vía consultiva, al ser orgánicamente, desde una perspectiva amplia, el mismo que ha de fallar los asuntos en vía contenciosa, mantendrá, en el proceso contencioso, una coherencia con sus propios criterios consultivos.

Sin embargo, esta coherencia no siempre puede constatarse pues, el interés por sentar el precedente horizontal puede darse al interior de las salas consultivas y contenciosas, pero no de forma interdependiente entre estas.

Por ello, cuando la unidad de las funciones contenciosa y consultiva no logran armonizarse no hay que descartar escindir las para que cada una por separado se fortalezca, y en el caso de la función consultiva pudiera ampliar su ámbito de aplicación, por ejemplo, para asesorar no solo al alto Gobierno, como en el caso colombiano, sino también a los gobiernos del orden departamental y local, tanto a petición de parte, como de oficio, en cumplimiento de las funciones históricas que le han sido atribuidas.

Pero más allá de eso, lo que ahora interesa destacar es que, los pronunciamientos de carácter consultivo cumplen una función predictiva judicial que se traduce en un importante apoyo y refuerzo para las funciones jurisdiccionales, no solo porque estos dictámenes suponen una aproximación técnica de suma importancia para ilustrar y centrar, en su caso, los problemas litigiosos y el *thema decidendi*, sino también por la trascendencia que tienen en orden a prevenir y evitar litigios innecesarios. En el sistema jurídico colombiano, esta función se materializa en la nueva función asignada a la Sala de Consulta y Servicio Civil de precaver litigios o poner fin a uno ya existente entre entidades públicas de que trata el art. 19 de la Ley 2080 de 2021.

En este sentido, la función consultiva puede entenderse como refuerzo a la función contenciosa ya que los conceptos que emite pueden tener la virtualidad de reforzar la posición institucional de la misma, pues, estando ambos al servicio de las mismas finalidades, no pueden ser interpretados como antagonistas, sino como leales colaboradores en el marco del Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, para describir más concretamente la interacción de la Sala de Consulta con las secciones contenciosas del Consejo de Estado, se tendrá como referente un estudio pre-

sentado por la Sala en el año 2021<sup>244</sup>, que tuvo como propósito identificar, compilar y dar a conocer las decisiones proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sus diferentes secciones, en las que fueron tomados en consideración los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Con el fin de desarrollar el objetivo mencionado, se estudiaron autos y sentencias, dictadas desde el 1 de enero de 2000 hasta el 30 de marzo de 2019. Después de la revisión de aproximadamente 5000 providencias del Consejo de Estado, se identificó que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio fueron tenidos en cuenta en 1211 providencias de la Corporación así: en 223 de la Sección Primera, 657 de la Sección Segunda, 315 de la Sección Tercera, 79 de la Sección Cuarta, 112 de la Sección Quinta y 39 de la Sala Plena.

Los conceptos de la Sala de Consulta tuvieron visibilidad en temas como la administración pública y servicio civil, asuntos electorales, la actividad contractual del Estado, la función pública y el régimen de prestacional y de seguridad social, la hacienda pública, bienes del Estado, las entidades territoriales y asuntos de variada índole como las condenas judiciales, las modalidades de derogación de normas, el alcance de los decretos que reglamentan leyes marco, entre otros. A través de esta investigación se evidenció la relevancia práctica de la función consultiva en la función judicial ejercida por el Consejo de Estado.

De lo antes expuesto se puede concluir que la interacción de la Sala de Consulta y Servicio Civil tanto con la Corte Constitucional como con la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es de consulta bidireccional o recíproca, en el sentido en el que se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional y contenciosa en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Corte Constitucional, así como la sala contenciosa del Consejo de Estado tienen en cuenta los conceptos emitidos por la Sala de Consulta.

Este es un reconocimiento a la labor de la Sala de Consulta, que se sustenta en el cumplimiento de unas funciones jurídicas de carácter dogmático, técnico y del tantas veces mencionado *auctoritas*, que implica una pretensión de corrección normativa a través de los argumentos más correctos y garantistas desde el punto de vista constitucional y legal.

Por tal razón, hay un posicionamiento de la Sala de Consulta de Colombia como voz autorizada en el ámbito del derecho administrativo y constitucional, respecto de los puntos de convergencia que tienen estos 2 campos de estudio, en buena medida como efecto del fenómeno de constitucionalización del derecho que ha tenido lugar en Colombia.

---

244.

"Los conceptos en la jurisprudencia del Consejo de Estado" Tomo I. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 2021. En: <https://lector.ramajudicial.gov.co/SIBD/VIDEOTECA/Publicaciones/00000000/56437//20/>

# 13.

## Importancia de la función consultiva en el contexto de la globalización

### 13.1. Los problemas que emergen en el marco de la globalización y la importancia de la función consultiva para los Estados en este escenario

En el contexto de la globalización hay una serie preocupaciones que integran un denominador común para los Gobiernos del mundo. Existe un acuerdo más o menos generalizado sobre los retos a los que la comunidad internacional tiene que enfrentarse, y serias dudas sobre el modo de hacerlo, y sobre qué tipo de liderazgos tienen mayor grado de idoneidad y gozan de mayor legitimidad para implementar estas transformaciones con el menor costo social posible.

La agenda mundial está constituida por temas comunes y complejos, en primer lugar, está el de la recuperación económica pospandemia. La emergencia del COVID-19 provocó una caída de más de 4% en la economía global. Según la Organización Internacional del Trabajo, en el pico de la crisis sanitaria, 33 millones de personas se sumaron a las listas de desempleados y 81 millones salieron del mercado laboral. Algunos países han avanzado con celeridad hacia la recuperación económica; otros en cambio, siguen instalados en una depresión social y económica, lo cual ha venido acrecentado las desigualdades entre países y dentro de ellos.

El segundo tema se ubica en el ámbito de la geopolítica. Estamos presenciando la tensión entre grandes potencias que ha venido marcando el escenario geopolítico global y se debe condicionar los cursos de acción hacia la recuperación y a des-escalar las hostilidades. Un ejemplo de ello es la relación EE. UU.-China, que se ha consolidado como una rivalidad que tiene una influencia determinante en el sistema internacional. A esto se le suma el conflicto en Ucrania, con el despliegue, de más de 100.000 tropas rusas en la frontera y la avanzada que hemos visto recientemente que ya ha cobrado un número importante de víctimas.

El tercer tema concierne a la salud. La pandemia propulsó la salud a lo más alto de la agenda internacional, y tras ello se han hecho evidentes los efectos de haber dedicado bue-

na parte de los recursos a la lucha contra el COVID-19 en detrimento de otras enfermedades. La expectativa en este ámbito se centra en alcanzar sistemas universales de salud que sean permanentes, que se reformen los escasos mecanismos de cooperación internacional, y que la inversión pública y privada en innovación se enfoque más allá de la lucha contra el coronavirus.

Además de la salud, otro gran ámbito de intervención es el medioambiental. Hay una gran presión sobre las comunidades científicas, el sector privado y las administraciones públicas para aportar desde una perspectiva de innovación remedios a la crisis climática. Esto incluye la investigación en tecnologías avanzadas para disminuir las emisiones asociadas al uso de la energía, como la captura y almacenamiento de carbono, reactores nucleares modulares, y opciones para descarbonizar las industrias con gran intensidad de energía. Otro reto es la búsqueda de soluciones técnicas para anticipar y prevenir los peores impactos de las catástrofes naturales y aumentar la resiliencia.

En materia digital, la agenda se centra en la inteligencia artificial, las tecnologías verdes, la gobernanza de datos y la cadena mundial de suministro de semiconductores. Una de las ideas que ha venido posicionándose es la de las “transiciones mellizas” (la verde y la digital) en las cuales las ciudades tendrán un rol predominante. La meta compartida es la digitalización del sector público —proceso que se aceleró a partir de la pandemia— y en el que los distintos niveles de la administración pueden estar a merced de 2 riesgos: el rezago tecnológico y la cibervulnerabilidad.

En la intersección entre los procesos de digitalización de la economía y la necesidad de financiar los programas de estímulo después de la pandemia es trascendental la búsqueda de soluciones fiscales. El compromiso en la cumbre del G-20 de Roma de aplicar un impuesto mínimo global para sociedades del 15% es un punto de inflexión, a partir del cual la búsqueda de estas soluciones fiscales forma parte de una agenda social más amplia, en la que también entran asuntos fundamentales como la solidaridad intergeneracional o la cohesión territorial.

Las necesidades humanitarias globales crecieron significativamente. Según Naciones Unidas, entre 2020 y 2021 se ha pasado de 167 a 235 millones de personas necesitadas de ayuda humanitaria. Esto en razón a tendencias de largo recorrido como la reemergencia de conflictos congelados y la intensificación de los desastres naturales y destrucción de hábitats y medios de vida. Se constata, por ejemplo, un aumento del desplazamiento forzado por causas climáticas de hasta 30 millones de personas en 2021, y sin cálculos todavía para 2022. El resultado es que hay más crisis humanitarias, en más sitios, que duran más tiempo y afectan capas más amplias de la población.

La pandemia supuso una reevaluación, aún no se sabe si pasajera, de la escala de prioridades de las administraciones públicas y las sociedades. Las medidas para enfrentar a la emergencia sanitaria propiciaron procesos de transformación económica y social, que apuntan no solo a reestructuraciones en materia de teletrabajo, también en hábitos de movilidad, manejo y procesamiento de la información, y el posicionamiento masivo de herramientas digitales que no parece ser reversible.

A nivel internacional, los compromisos que deben asumirse tienen profundas implicaciones en la destinación presupuestal, en los flujos y modalidades de cooperación y en la búsqueda de un entorno habilitante al desarrollo. Estos acuerdos también implican un compromiso común y universal para los Estados en procura de favorecer el equilibrio del ecosistema del planeta, lo que también impacta las dinámicas sociales y se erige como un presupuesto esencial para la garantía de los derechos humanos en distintos ámbitos, como el social, económico, cultural y ambiental con condiciones de acceso, calidad y disponibilidad.

A nivel interno, conlleva un reto para los Estados que comienza por identificar los objetivos propuestos en la agenda global, los obstáculos que enfrentan para resolverlos de cara a sus problemas internos, las metas y estrategias a adoptar para dar alcance a este proyecto mundial desde sus territorios y su soberanía.

En el marco de estas tendencias emergentes y en algunos casos disruptivas, al instalarse de forma permanente, invitan a pensar en un fortalecimiento de los proyectos de colaboración entre centros de pensamiento, la coordinación de alianzas entre administraciones públicas, científicos y sector privado, y una relación más cercana de la ciudadanía con la ciencia, la tecnología y la información.

Surgen entonces las preguntas: ¿Quiénes gobernarán las transiciones climática, digital, social y económica?, ¿qué tipo de ideas, personas y modelos gozan de mayor apoyo y legitimidad para liderarlas? Estos interrogantes adquieren 2 matices distintos: la valoración que los ciudadanos puedan hacer en las urnas de la gestión de la pandemia; y el tipo de ideas, personas y modelos que generan más credibilidad para conducir la pospandemia, atender las otras problemáticas vigentes y crear oportunidades.

Estos grandes y necesarios cambios requieren para su implementación una interacción dialógica entre las instancias gubernamentales de poder y las consultivas de saber, teniendo en consideración criterios éticos y jurídicos que guíen al Estado y a la sociedad hacia la justicia como ideal regulativo.

En este contexto, la función consultiva, puede ser un gran aliado para la consolidación de los liderazgos idóneos que permitan los cambios normativos y el diseño de políticas públicas necesarios en la implementación de las soluciones a los problemas que hoy aquejan a la sociedad mundial.

En este sentido, sería muy importante reforzar el papel de los órganos consultivos para que, no solo se ciñan a los aspectos estrictamente jurídicos, sino que con la precisa autoconstricción puedan aportar juicios de oportunidad o conveniencia según criterios de gobernanza, para la mejora de la actuación del Poder Ejecutivo en la senda prevista por el constituyente.

Por todo lo anterior, el papel de la función consultiva puede catalogarse como impulsor de la materialización del derecho viviente. Y, por ello, su rol debe ser activo, proactivo, dinámico, de oficio, y no solo a petición del Gobierno. Todo bajo un margen de autonomía e independencia fortalecido por el apoyo mutuo entre los Estados a los órganos consultivos, considerando a estos últimos como parte esencial del modelo del Estado social y democrático de derecho en el marco de la globalización vista desde una perspectiva emancipatoria.

## 13.2. Datos específicos de los problemas derivados de la globalización. Énfasis en la agenda global 2030

Los Estados del mundo<sup>245</sup> han dedicado tiempo y esfuerzos considerables, en los últimos años, a desarrollar proyectos destinados a trazar el futuro del planeta y sus habitantes. Así, por ejemplo, el plan de acción diseñado por la Organización de Naciones Unidas<sup>246</sup>, a través de la Agenda para el Desarrollo Sostenible propuesta a 2030<sup>247</sup>, compuesta por 17 objetivos<sup>248</sup> y 169 metas, destaca el carácter interrelacionado e indivisible de las distintas problemáticas que aquejan al mundo y la necesidad de mayor interseccionalidad de la política pública.

Los objetivos del desarrollo sostenible para 2030, en su orden, son: 1) fin de la pobreza; 2) hambre cero; 3) salud y bienestar; 4) educación de calidad; 5) igualdad de género; 6) agua limpia y saneamiento; 7) energía asequible y no contaminante; 8) trabajo decente y crecimiento económico; 9) industria, innovación e infraestructura; 10) reducción de las desigualdades; 11) ciudades y comunidades sostenibles; 12) producción y consumo responsables; 13) acción por el clima; 14) vida submarina; 15) vida de ecosistemas terrestres; 16) paz justicia e instituciones sólidas; y 17) alianza para lograr los objetivos.

Respecto de estos temas, vale resaltar algunos datos más específicos y las acciones de la administración pública que, en el marco de la globalización, son exigidas con mayor premura.

---

245.

A excepción de 13 que no hacen parte de la Organización de Naciones Unidas (cifra aproximada). Información extraída de: <https://www.un.org/es/about-us/member-states>.

246.

Que agrupa a 193 países de los 203 que alberga el globo (cifra aproximada). Información extraída de: <https://www.un.org/es/about-us/member-states>.

247.

Los objetivos de desarrollo del milenio, enfocados en la erradicación de la pobreza, y el proceso del Río+20, sobre desarrollo sostenible, han dado como resultado la agenda para el desarrollo sostenible 2030. Este compromiso fue adoptado por los jefes de Estado y Gobierno de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015. Esta define las prioridades y registrará los esfuerzos en materia de desarrollo sostenible y tiene 4 componentes: (i) declaración política; (ii) objetivos y metas de desarrollo sostenible y sus metas; (iii) medios de implementación y alianza global y (iv) evaluación y seguimiento.

## 1) El cambio climático.

Afecta a los países de todos los continentes, altera las economías nacionales e impacta a las distintas formas de vida. Por lo tanto, se debe trabajar con empeño en reforzar la capacidad de los Gobiernos para lidiar con los efectos de este fenómeno, mediante flujos financieros apropiados, un nuevo marco tecnológico y en mejorar la capacidad para adoptar políticas que propicien cambios sistemáticos, con el fin de restablecer el equilibrio entre las formas de vida y los medios de subsistencia.

- Entre 1880 y 2012 la temperatura media mundial aumentó 0,85 grados centígrados. Por cada grado que aumenta la temperatura la producción de cereales se reduce un 5% aproximadamente<sup>248</sup>.

## 2) Agua potable y saneamiento básico.

Cuyo acceso se ha ido ampliando progresivamente, pero que aún es solo un anhelo para miles de millones de personas, principalmente en áreas rurales, que aún carecen de los servicios básicos para suplirlo. La pandemia del COVID-19 puso de manifiesto a los gobiernos el significado de adoptar políticas para garantizar el saneamiento, la higiene y un acceso adecuado a agua limpia para prevenir y contener las enfermedades.

- La escasez de agua afecta a más del 40% de la población mundial y se prevé que este porcentaje aumente. 4 billones de personas carecen de acceso a servicios básicos de saneamiento.
- Más del 80% de las aguas residuales resultantes de actividades humanas se vierten en los ríos o el mar sin ningún tratamiento, lo que provoca contaminación.
- Aproximadamente, el 70% de todas las aguas extraídas de los ríos, lagos y acuíferos se utilizan para el riego<sup>249</sup>.

## 3) Seguridad alimentaria.

Con el fin de alimentar a más de 8000 millones de personas que actualmente viven en el mundo<sup>250</sup>, es necesario llevar a cabo un cambio profundo en el sistema agroalimentario mundial. El aumento de la productividad agrícola y la producción alimentaria sostenible son cruciales para ayudar a aliviar los riesgos del hambre. Teniendo en cuenta los efectos

248.

Datos extraídos de la página de la Organización de Naciones Unidas: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/#>.

249.

Ibidem.

250.

Según el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, informe "World Population Prospects 2022", Nueva York, 11 de julio de 2022.

de la pandemia del COVID-19 sobre el sector agroalimentario, se necesitan medidas urgentes para garantizar que las cadenas de suministro alimentario se mantengan en funcionamiento, para mitigar el riesgo de grandes perturbaciones que puedan afectar de manera considerable a todo el mundo, y en especial a las personas pobres y más vulnerables.

- Una de cada 9 personas en el mundo está subalimentada en la actualidad; esto es, alrededor de 815 millones de personas en el mundo.
- La mayoría de las personas que sufren de hambre viven en los países en desarrollo, donde el 12,9% de la población se encuentra subalimentada.

#### 4) Economía y empleo.

Las perturbaciones económicas y financieras derivadas del COVID-19 (como las alteraciones en la producción industrial, la caída de los precios de los productos básicos, la volatilidad del mercado financiero y el aumento de la inseguridad) minan el crecimiento económico y empeoran los riesgos acentuados de otros sectores como el laboral. La situación descrita desencadenó una recesión histórica con niveles récord de carencias y desempleo, lo que ha creado una crisis humanitaria sin precedentes cuyas peores consecuencias las están sufriendo los más pobres. Los Gobiernos deben reforzar la cooperación internacional y renovar el compromiso político para garantizar que las personas de todo el mundo tengan acceso a los servicios esenciales y a la seguridad social.

- Debido a la pandemia del Covid-19, se esperaba que la [economía mundial](#) se contrajera fuertemente, en un 3% en 2020, lo que constituiría su peor recesión desde la Gran Depresión.
- La Organización Internacional del Trabajo estima que [cerca de la mitad de todos los trabajadores a nivel mundial se encuentra en riesgo](#) de perder sus medios de subsistencia. Incluso antes del brote del Covid-19, era probable que uno de cada 5 países (en donde habitan miles de millones de personas que viven en situación de pobreza) vieran sus ingresos per cápita estancarse o reducirse en 2020.
- La brecha salarial de género en todo el mundo se sitúa en el 23% y, si no se toman medidas, se necesitarán 68 años para lograr la igualdad salarial. La tasa de participación de la mujer en la población activa es del 63%, mientras que la de los hombres es del 94%<sup>251</sup>.

---

251.

Ibidem.

## 5) Paz.

Una vida sin guerras constituye el requisito previo primordial para el bienestar material, el crecimiento progresivo de los países y la realización total de los derechos y las libertades fundamentales de todas las personas. Por eso los Estados deben orientar sus políticas hacia la eliminación de la amenaza de la guerra, en especial de aquella que implica el uso de armas nucleares, a la renuncia del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y al arreglo de las controversias en ese plano por medios pacíficos.

- Aproximadamente 285 millones de niños en edad escolar primaria que no asisten a la escuela viven en áreas afectadas por conflictos.
- El Estado de derecho, la paz y el desarrollo tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente, por lo que son esenciales para el desarrollo sostenible a nivel nacional e internacional<sup>252</sup>.

## 6) Migración.

Los esfuerzos para proteger a quienes se desplazan de un país a otro por motivos políticos, económicos, sociales o conflictos armados, no pueden llevarse a cabo de forma aislada, sino a través de políticas planificadas y prácticas más amplias, que configuran la movilidad global y que apuntan a una gobernanza más sólida y a la observancia de los derechos humanos a todo nivel.

- Según el [ACNUR](#), el número de personas desplazadas por la fuerza en todo el mundo era de 79,5 millones a finales de 2019; de ellos, 26 millones eran refugiados.
- 45,7 millones de personas fueron desplazados internos, 4,2 millones fueron solicitantes de asilo y 3,6 millones fueron venezolanos desplazados en el exterior<sup>253</sup>.

## 7) Tecnologización, digitalización e inteligencia artificial.

Las tecnologías digitales ofrecen nuevos medios para defender y hacer realidad los derechos humanos. Sin embargo, el uso incorrecto de estas presenta nuevos retos para los Gobiernos, pues afectan también, de forma desproporcionada, a los individuos y grupos marginados, lo que conduce a la desigualdad y la discriminación. Esta nueva realidad demanda una mayor supervisión, transparencia, mecanismos de rendición de cuentas y la garantía a los ciudadanos de un mundo más seguro y equitativo, ya que repercuten en derechos tan importantes como la educación, el trabajo, la salud y el acceso

---

252.

Ibidem.

253.

ACNUR, "Tendencias globales, desplazamiento forzado 2019", Copenhague-Denmark, junio de 2020.

a la justicia. Lo anterior, requiere mejorar la cooperación internacional en materia de ciencia, tecnología e innovación y acceso, así como en el intercambio del conocimiento.

- Las empresas tecnológicas se han ofrecido como la solución para mejorar el acceso y el apoyo a las “personas más necesitadas”. Sin embargo, hay pocas pruebas de que las atiendan eficazmente a las comunidades de difícil acceso.
- Uno de los mayores retos que plantea la digitalización de la educación sigue siendo la igualdad y la inclusión.
- En los países ricos, las desigualdades también son motivo de preocupación. Por ejemplo, según las informaciones disponibles, en los Estados Unidos de América entre 15 y 16 millones de niños, aproximadamente el 25% de los estudiantes, carecen de una conexión adecuada a Internet<sup>254</sup>.

Como órganos consultivos del Estado y sus gobiernos tenemos entonces una responsabilidad histórica, que puede asumirse a través del desarrollo de nuestro potencial como centros de investigación y pensamiento, en torno a los temas que requieren más atención, para aumentar la capacidad de la administración de planificar, gestionar soluciones duraderas y contribuir en la consecución de las metas que cada país se ha propuesto para alcanzar objetivos como los descritos en la Agenda 2030.

### **13.3. La humanidad en el marco de la globalización. Ante los nuevos sistemas de gestión pública, los órganos consultivos deben recordar y promover la función esencial de la administración al servicio de la gente**

En los asuntos antes referidos (secciones 1 y 2) convergen las mayores complejidades sociales, políticas, económicas, culturales y ambientales, las cuales se presentan cada vez

---

254.

Consejo de Derechos Humano de Naciones Unidas, 50°. Período de sesiones, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, “Repercusiones de la digitalización de la educación en el derecho a la educación”, junio de 2022.

de forma más convulsionada y acelerada, lo cual exige respuestas técnicas, cualificadas y de la mayor calidad, no obstante, los recursos públicos son restringidos.

Para que los objetivos globales, centrados en el planeta y en quienes lo habitamos puedan conseguirse, una herramienta importante es la colaboración armónica de múltiples sectores, a nivel mundial, regional, nacional y local, guiadas por principios, valores, derechos y una visión común en beneficio de la humanidad. La cooperación puede contribuir a la construcción de un mundo sostenible y a la vida digna de la sociedad.

Desde esta perspectiva, la gobernanza ocupa un papel importante. Se advierte la relevancia de un gobierno interactivo, que promueve la coordinación entre los sectores públicos, privados y la sociedad civil<sup>255</sup>; la regulación como fruto de la composición; y la solución de conflictos preferentemente mediante mecanismos alternos a los contenciosos. Se trata de formular, impulsar y consolidar proyectos comunes, gracias a la unión de esfuerzos.

Sørensen y Torfing<sup>256</sup> destacan 4 los modelos que al respecto han primado en la literatura europea: (i) “[l]a gobernanza se define como heterarquía, es decir, interdependencia y coordinación negociada entre sistemas y organizaciones” (Jessop (1998)); (ii) la gobernanza está ligada a la interacción política organizada de forma horizontal “[l]as redes de políticas públicas son la forma emergente” en este modelo; (Scharpf (1993), Mayntz (1993 y 1994), Kooiman (1993 y 2003) y Kickert, Klijn y Koppenjan (1997)); (iii) “la gobernanza se caracteriza por una red de instituciones e individuos que colaboran juntos y unidos por un pacto de mutua confianza, son organizaciones de poder que forman redes semiautónomas y a veces autogobernadas” (al respecto, puede consultarse a Rhodes (2007 y 1997) y a Stoker, 1998); (iv) “la totalidad de las interacciones entre organismos públicos, sector privado y sociedad civil, destinadas a resolver los problemas sociales o la creación de oportunidades de la sociedad. La gobernanza es un concepto que incluye todos los modelos de gobernanza, incluyendo la jerarquía” (Puede consultarse Pierre y Peters (2000) y Meuleman (2009).

Indistintamente de cuál sea el modelo que prevalezca en la gestión pública, los órganos consultivos tienen un papel relevante en este contexto. Por su misma naturaleza abren las puertas a que se discutan bajo su orientación los temas de la agenda estatal y, de manera autónoma e independiente brindan conceptos autorizados, integrales y positivos que contribuyen a ajustar, interpretar y aplicar el marco jurídico conforme con los desafíos del desarrollo. Los órganos que integran la función consultiva deben llamar a que se unan esfuerzos para una gestión ágil y tender puentes que vayan más allá de lo nacional, en un contexto de diálogo y participación activa.

255.

Al respecto, se puede consultar: Sierra Cadena, Grenfieth. “El derecho, las políticas públicas y el juez constitucional en una época de crisis”. Elementos de Juicio. Temas Constitucionales, núm. 6-7 (2007): 135.

Puede considerarse la participación activa de particulares, las nuevas tendencias de participación ciudadana, e incluso la intervención de jueces.

256.

Citado por Cristina Zurbriggen, Doctora en Ciencias Políticas por la Universidad Eberhard-Karls de Tübingen, Alemania. Directora del Proyecto Flacso Uruguay. Las referencias se utilizan en el artículo “Gobernanza: una mirada desde América Latina”.

En todo caso, la globalización y los mecanismos de gestión pública en este escenario deben ser compatibles con la salvaguarda de la humanidad y sus derechos. No es la primera vez que en la administración pública se plantean soluciones a partir de la reducción del tamaño del Estado, y la participación del sector privado, el cual se envuelve en la lógica mercantil y económica. Cuando se advirtió la necesidad de pasar de un Estado de derecho a un Estado social y constitucional de derecho, se advirtió que el reducido tamaño del Estado y la excesiva prelación de la lógica privada acentuaron las desigualdades sociales con beneficios para unos pocos, pero con el detrimento de la mayor parte de la población vulnerable, que fue marginada, excluida y discriminada.

En efecto, el Estado de Derecho, cuando surgió, tuvo como sus banderas a la legalidad y la seguridad jurídica, y el Estado social y constitucional de derecho, cuando se consolidó, tuvo como razón de ser el servicio público. En nuestros días, y en consonancia con la globalización y el vigente modelo de gestión, el Estado y la función pública responden a los principios, valores y a los derechos humanos, así como a la progresividad y no regresividad en la materialización de estos preceptos, que deben ser respetados, protegidos y garantizados, en armonía con los criterios de eficacia, eficiencia, celeridad y transparencia.

Así entonces, el Estado debe conservar un rol esencial en la formulación y materialización de las políticas públicas, las cuales pueden articularse y desarrollarse con actores propios del mercado y de la sociedad civil, pero también con una participación activa propia, que mantenga vigente la noción de servicio público. La administración pública debe velar por la materialización de los valores, principios y derechos, tanto de aquellos asociados a la libertad y a la propiedad, como a la protección, respecto y garantía de suplir las necesidades básicas de la sociedad y a la salvaguarda del medio ambiente, el equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, la paz y la seguridad, la moralidad pública, en un escenario convulsionado por la era digital, la ciencia y la tecnología.

## 13.4. La función consultiva en el marco de entidades supranacionales o regionales

De todo lo anterior se desprende que la función pública y la rama jurídica propia de su labor exigen hoy una visión y lectura sistematizadas. Teniendo ello como pilar, la gestión pública debe comprender que se desenvuelve en un marco jurídico que va de lo regional o local a lo global, de lo nacional a lo transnacional. La interacción de estos escenarios se logra con la interpretación y aplicación sistematizada y crítica de las disposiciones que integran cada ámbito y su alcance depende del modelo jurídico adoptado por los Estados.

En el escenario mundial, se habla de organismos internacionales, con estructuras propias y un marco jurídico que regula su accionar.

Hablando de regímenes y normas transnacionales, es de gran relevancia traer a colación el modelo de Unión Europea, tal vez el más desarrollado y que comprende toda una institucionalidad y una regulación robusta.

En este modelo de integración, sus miembros (originalmente 6 países) concertaron tener un acuerdo supranacional con un fin esencialmente económico, de garantizar la reconstrucción de sus estados, prácticamente destruidos por la segunda guerra mundial. Su motivación estuvo dada en la necesidad de asegurar el acceso a las fuentes de energía y de materia prima como el acero, elementos fundamentales para la reconstrucción de su prácticamente desaparecido sector productivo. En efecto, el Tratado de París constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) en 1951, el cual implicó la creación de un organismo ejecutivo conocido como “Alta Autoridad”, dispuso igualmente la creación de una Asamblea Parlamentaria, un Consejo de Ministros, un Tribunal de Justicia y un Comité Consultivo. Si bien esta era la semilla de un primer sistema jurídico o normativo de orden “supranacional”, este surgió en un contexto histórico de total desconfianza, por lo que la vigencia de este se estableció en un máximo 50 años.

Este primer paso generó en los renacientes estados europeos, la necesidad de que sus autoridades administrativas y los cuerpos consultivos que los asistían en ese momento sufrieran transformaciones en su estructura interna, en la forma de elección de sus miembros, y principalmente, en la forma de ejercer su función consultiva, llegando en algunos casos a establecer como obligatoria la consulta respecto de ciertos tipos proyectos de leyes y ordenanzas (normas proferidas por el Ejecutivo).

Y ello encuentra su justificación en la necesidad que tenían en esos momentos los estados miembros de la “comunidad o Unión Europea”, de evitar los abusos por parte de los gobernantes en el ejercicio de su actividad política. Con un concepto proferido en ejercicio de la función consultiva, se da una pauta valiosa para que los gobernantes, a partir de un estudio jurídico riguroso, pudieran determinar con mayor objetividad y claridad jurídica, qué aspectos de la administración pública, se podía transferir a unas autoridades supranacionales para que estas por vía de un conjunto de normas comunitarias pudiesen alcanzar los objetivos de políticas públicas.

Esta cesión de competencias y el sometimiento a regulaciones supranacionales, tuvo una evolución relativamente lenta y la delimitación de estos temas jurídicos, solo se logró con la reglamentación del principio de subsidiariedad, entendido este como el grado de independencia que puede tener una autoridad inferior o de orden nacional frente a una instancia superior, entendida esta como de rango comunitario, en particular un poder local respecto de un poder central.

El principio de subsidiariedad sirve para regular el ejercicio de las competencias no exclusivas de la Unión. Excluye la intervención de la Unión en aquellos casos en que los Estados miembros puedan abordar un asunto de forma eficaz a escala central, regional o local. Solo se justifica el ejercicio de las competencias de la Unión en aquellos casos en que los Estados miembros no puedan alcanzar de manera satisfactoria los objetivos de una acción propuesta y cuando se pueda aportar un valor añadido si la acción se lleva a cabo a escala de la Unión.

En este contexto, surge la pregunta de por qué es importante definir la forma en que el principio de subsidiariedad se aplica en el marco de la Comunidad Europea y cómo este puede tener incidencia en la función consultiva.

Debe advertirse que el principio de subsidiariedad se aplica exclusivamente a los ámbitos en los que las competencias están compartidas entre la Unión y los Estados miembros. Pero surge aquí una segunda pregunta, y es ¿cómo se encuentran clasificadas estas competencias? Fue tan solo con la firma del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea firmado en 2007 en el que estas competencias se clasifican en 3 categorías (competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias de apoyo) y establece una lista de los ámbitos que pertenecen a cada una.

Así, frente a las competencias exclusivas, es evidente que son las instancias comunitarias las encargadas de regular y legislar sobre los temas a su cargo. Sin embargo, si para efecto de una consulta presentada en un estado miembro, que involucre un tema de competencia exclusiva de la comunidad, es claro que muchos aspectos del análisis jurídico que dicho órgano consultivo pretenda hacer, se entenderán superados e implícitamente convalidados previamente por cuanto la esencia del asunto consultado hace parte de las competencias exclusivas de la autoridad comunitaria, por lo que el respectivo concepto se limitará a analizar aspectos de menor complejidad jurídica o de confrontación jurídica con la normativa local, lo que suele revertir en un análisis constitucional y de concordancia con la norma comunitaria. Por ello, es que los órganos de consulta en estados que reconocen una autoridad y normativa supranacional deben tener muy claro hasta dónde sus conceptos pueden realmente desarrollarse.

Ahora bien, la situación es totalmente diferente cuando el tema de consulta corresponde a alguna de las competencias compartidas o de apoyo, caso en el cual, el análisis constitucional y legal es mucho más complejo y exhaustivo, pues debe contemplar los múltiples marcos normativos que pueden incidir en el caso de su concepto, ya sea que se trate de una norma local, nacional o supranacional.

Ciertamente, ya sea que se esté en el marco del modelo de la Unión Europea, o de un órgano consultivo de carácter nacional, la función consultiva debe estar en constante evolución, lo que le permitiría adaptarse ante la cambiante realidad en la que se encuentra inmersa la sociedad y el estado para el cual cumple su función.

Así, la función consultiva es una asesoría jurídica privilegiada del Gobierno, la cual debería extenderse a todos aquellos proyectos de iniciativa del Gobierno o porque no también del Legislativo, para asegurar, que el concepto que se emite en ejercicio de la función consultiva se pueden asimilar a una suerte de advertencia de inconstitucionalidad o ilegalidad, incluso respecto de aquellas normas de carácter supranacional o de alcance regional que se imponen sobre las normas nacionales o locales, y que se brinda tanto al Gobierno como al parlamento, la cual se traduce en una opinión autorizada, para evitar censuras ulteriores ante revisiones jurisdiccionales, o de la opinión pública.

En todos los casos, el Consejo de Estado tiene la responsabilidad a través de sus conceptos de garantizar la seguridad jurídica de los textos que se le presentan, y ello se hace en esencia para proteger a los ciudadanos, labor en la cual no solo debe buscar la coherencia jurídica, sino debería incluso ser más incisiva lograr que los planteamientos que le son hechos por vía de consulta, realmente, resuelvan asuntos de la vida cotidiana, así como que su comprensión y claridad jurídica sea más que evidente.

Es de esta manera, que el Consejo de Estado en el ejercicio de su función consultiva debe preguntarse si sus pronunciamientos están acordes con el bloque de constitucionalidad, la ley y la jurisprudencia.

Por otra parte, en el marco andino, los regímenes y las normas tienen un manejo diferente. Por ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se constituyó como un mecanismo de integración subregional en 1969 (Acuerdo de Cartagena), con el propósito de promover un sistema de integración y cooperación que impulse el desarrollo de los países, con un fuerte componente económico, pero también social. Actualmente, se encuentra constituido por el Tribunal Andino de Justicia, el Parlamento Andino, pero también por órganos consultivos como los consejos consultivos en materia empresarial, laboral, de pueblos indígenas, afrodescendientes, de autoridades municipales y de consumo, que tienen la función de emitir opiniones, en las materias que les concierne, de oficio o a petición de parte<sup>257</sup>.

Sobre el alcance de este cuerpo normativo, la Corte Constitucional en Colombia ha señalado que la supranacionalidad de las normas del sistema andino “implica que los países miembros de un organismo internacional, como la CAN, se desprenden de ciertas atribuciones que son asumidas por dicho organismo, quien a partir de ese momento [tendría] competencia para regular de manera uniforme las materias específicas que le fueron transferidas”. Por ello, “dentro de la Comunidad Andina se diseñaron mecanismos jurídicos para conseguir la aplicación uniforme de las disposiciones que integran su ordenamiento y resolver los conflictos que se generan en torno a su aplicación”. Incluso, por estas razones, esa Corporación ha sostenido que “no es potestad [suya] —en principio— pronunciarse sobre su sujeción a la Carta Superior o determinar su alcance”<sup>258</sup>.

---

257.

Acuerdo de Cartagena, “Sección G – De las Instituciones Consultivas Artículo 44.- El Consejo Consultivo Empresarial y el Consejo Consultivo Laboral son instituciones consultivas del Sistema Andino de Integración. Están conformados por delegados del más alto nivel, los cuales serán elegidos directamente por las organizaciones representativas de los sectores empresarial y laboral de cada uno de los – 14 – Países Miembros, de conformidad con sus respectivos reglamentos, y acreditados oficialmente por aquellos. Corresponderá a estos Consejos Consultivos emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de la integración subregional andina que fueran de interés para sus respectivos sectores. También podrán ser convocados a las reuniones de los grupos de trabajo y de expertos gubernamentales, vinculadas a la elaboración de proyectos de Decisión, y podrán participar con derecho a voz en las reuniones de la Comisión”.

258.

Según ha indicado: “El derecho comunitario, originario o derivado, no integra por regla general el bloque de constitucionalidad, por lo tanto, el juicio de control abstracto que es competencia de la Corte Constitucional, por virtud del artículo 241 de la Constitución Política, no implica una confrontación normativa entre dicho ordenamiento y el interno”.

Con todo, “En razón al proceso de integración del Estado colombiano a la Comunidad Andina, el derecho derivado expedido, v. gr., por la Comisión Andina de Naciones a través de sus decisiones con pretensiones regulatorias, adquiere vigencia en el País una vez se efectúa su publicación, irradiando efectos directos y de prevalencia. Esto significa que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-137 de 1996, se puede solicitar su aplicación por las autoridades nacionales y, del otro lado, en casos de conflicto desplaza la norma nacional, sin que por tal motivo se genere su derogatoria o pérdida de validez”.

# PARTE ESTRUCTURAL

*Análisis constitucional-  
casuístico de conceptos*

Nueva  
Constitución Política  
de Colombia

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS  
REFORMA POLÍTICA CONSTITUCIONAL

ACTOS LEGISLATIVOS 01 Y 02

# 1.

## **Conceptos de la Sala De Consulta y Servicio Civil sobre contratos y convenios interadministrativos**

Dentro de los temas que con más frecuencia se consultan a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobresale el de la contratación pública. Este tema se caracteriza por su complejidad en la medida en que su normatividad es bastante voluminosa, en alguna medida dispersa y de gran tecnicismo. En el marco de esta temática, se presentarán a continuación algunas reflexiones sobre los contratos y convenios interadministrativos, la aplicación de la ley de garantías y la lucha anticorrupción, a partir de algunos de los conceptos más destacados de la Sala en estos asuntos.

### **1.1. Caracterización, similitudes y diferencias de los contratos y convenios interadministrativos**

En este punto el propósito del texto se circunscribe a abordar los desarrollos conceptuales de estas 2 modalidades de contratación pública de uso común por la administración pública y sobre los cuales se han generado diversas inquietudes, para lo cual se expondrá la definición y características del contrato interadministrativo según la normativa que lo regula y los pronunciamientos de la Sala de Consulta, para luego señalar las diferencias que presenta con el convenio interadministrativo.

En primer lugar, la Sala abordó este tema desde una perspectiva conceptual, de manera que se tiene como definición<sup>259</sup> de contrato interadministrativo:

---

259.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2257 de 2016.

Aquel negocio jurídico celebrado entre 2 entidades públicas, mediante el cual una de las 2 partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración. De manera que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contratantes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.

Para abordar la caracterización de los contratos y convenios interadministrativos es un referente importante el Concepto de prevención de un eventual litigio 00002 de 2019, a partir del cual se pueden señalar como características del contrato interadministrativo las siguientes:

- **En estos contratos procede como modalidad de selección la de contratación directa, aunque no de forma necesaria, pues la selección del contratista debe realizarse mediante licitación pública o selección abreviada cuando se trata de contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras (Artículo 2, numeral 4, literal c de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011). Sin embargo, es necesaria la expedición de un acto administrativo que justifique la modalidad de contratación directa, el cual debe contener: 1. la causal que invoca para contratar directamente. 2. El objeto del contrato. 3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista. 4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.**
- **Debe suscribirse entre entidades públicas sin importar su nivel. Existe una entidad llamada contratante y otra que se llamará contratista quién será la que ejecuta el objeto del contrato que se pacte.**
- **Es un contrato conmutativo oneroso, ya que genera utilidad para ellas.**
- **La ejecución de los contratos interadministrativos quedó sometida, por regla general, al Estatuto General de Contratación Pública, salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su activi-**

**dad (modificación introducida por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 al inciso 2 literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007). La ejecución del objeto contratado debe ser realizada directamente por la entidad contratista. En ese sentido, se entiende que la entidad que ejecuta el contrato se dedica a dicha actividad económica y cuenta con la experiencia e idoneidad requerida para el efecto.**

- **No les son aplicables las cláusulas o estipulaciones excepcionales de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilateral de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 por disposición del párrafo de este.**
- **No hay obligatoriedad de constituir garantías<sup>260</sup>, ni es necesaria, la expedición y publicación de un aviso de convocatoria en el trámite de contratación. (Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.4.5.)**
- **En cuanto a la subcontratación se imponen restricciones. En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora debiera subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrán ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.**
- **Quedaron exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.**

Por otro lado, los convenios interadministrativos se definen como *acuerdos que permiten la autonomía de la voluntad* celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales), y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses<sup>261</sup>.

---

**260.**

Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.4.5. "No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos".

**261.**

Ibidem.

Asimismo, la caracterización del convenio interadministrativo se puede resumir en los siguientes puntos:



**Se celebra por parte de entidades públicas, sin consideración a su jerarquía, pueden ser entidades nacionales, distritales o territoriales.**



**No existe una remuneración o contraprestación. Las partes no perciben una utilidad económica por la ejecución del objeto del convenio.**



**Puede existir o no transferencia de recursos de una entidad a otra, o que las partes realicen aportes económicos para cumplir con el objeto del convenio.**



**Su objetivo primordial es lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y por tal razón, deben ejecutarse los proyectos, planes y programas en aras de contribuir al bienestar social de la comunidad.**



**Es un acuerdo de voluntades que está determinado por la Ley 489 de 1998 y la Constitución Política de Colombia. La celebración, desarrollo y ejecución de los convenios, así como su liquidación tendrán en cuenta lo indicado por estas normas.**



**No les son aplicables las cláusulas o estipulaciones excepcionales de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilateral de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues la noción de convenio y contrato interadministrativo son diferentes, por lo que no es posible establecer extensiones o analogías en la interpretación de una competencia unilateral y sancionatoria habida cuenta de su carácter restrictivo.**

A partir de lo antes descrito se puede concluir entonces que los elementos comunes a estas modalidades de contratación pública son:

- 1. Constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales;**
- 2. Tienen como fuente la autonomía contractual;**
- 3. Son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley;**
- 4. Son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo, compra venta, arrendamiento, mandato, etc.**
- 5. La normativa a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio;**
- 6. Dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles**
- 7. Persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas.**

Sus diferencias en cambio son las siguientes:

1. **El precio. El contrato interadministrativo se caracteriza por establecer una remuneración, mientras que en el convenio no se define una contraprestación. En este último, las partes pueden realizar o no, de manera conjunta aportes para la ejecución de su objeto.**
2. **En el contrato interadministrativo una parte presta un servicio o ejecuta un objeto para la otra, mientras que en el convenio dicha relación no existe debido a que la única finalidad es atender un interés general.**

## 1.2. Instrumentos jurídicos que permiten asegurar el cumplimiento de los contratos y convenios interadministrativos

Un recurso importante y que resulta ser una nota distintiva de la contratación estatal es el uso de las estipulaciones excepcionales antes llamadas cláusulas exorbitantes cuyo propósito es el de asegurar el patrimonio público que está comprometido en la actividad contractual del Estado y el interés general que le subyace. Sin embargo, ya antes se mencionó que en el caso de los contratos y convenios interadministrativos no es aplicable dicho régimen de exorbitancia, de manera que ha surgido la pregunta en relación con cuáles serían entonces los instrumentos jurídicos que permitirían en estos casos asegurar el cumplimiento del contrato, asunto que se estudió en el Concepto 2257 de 2016 y que se expondrá a continuación.

En primer lugar, se debe mencionar que si bien es cierto no es posible aplicar las cláusulas excepcionales de las que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. También lo es que existe un cierto régimen de competencias unilaterales que se circunscribe a la facultad de imponer multas, de hacer efectiva la cláusula penal y de declarar el siniestro del incumplimiento para hacer el cobro de las garantías constituidas a su favor, que se pueden ejercer, según se haya evidenciado un posible incumplimiento de un contrato estatal, esto en el caso de los contratos interadministrativos y frente a cualquier contratista colaborador de la Administración, sin importar si es particular o *entidad estatal contratista*, siempre que dichas multas hayan sido pactadas.

Lo anterior en los términos de los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 de acuerdo con los cuales es posible, el pacto de multas como una medida coercitiva contractual y debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante.

En este supuesto, la exorbitancia de las multas no radica en su pacto que es fruto de la autonomía de la voluntad, dado que no se trata de una cláusula obligatoria o excepcional al derecho común en los contratos estatales, sino que consiste en que una vez han sido pactadas, su imposición se realizará en virtud de una potestad o prerrogativa unilateral de la Administración, la que se concreta en un acto administrativo resultado del adelantamiento de un procedimiento sancionatorio previsto en la ley, sin que para ello deba acudir al juez del contrato.

En el caso de los convenios interadministrativos, en atención a su naturaleza, finalidad y alcance que los hace diferentes de los contratos interadministrativos, la Sala ha considerado que no es procedente ejercer la competencia unilateral de la Administración para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento previstas en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, porque no involucran un contenido patrimonial, las entidades públicas suscriben estos convenios con ánimo de colaboración, cooperación y coordinación, y por ende, en un plano de igualdad o equivalencia y, por lo mismo, no existe un ámbito de superioridad, de control y dirección del “contratante” frente al “contratista”, como sí sucede con los contratos interadministrativos.

Sin embargo, es posible exceptuar el caso de los “convenios interadministrativos” que comporten el pago de una remuneración, es decir, que su objeto tenga obligaciones de contenido patrimonial, los cuales se someterán al mismo régimen de los contratos interadministrativos.

Adicionalmente, en el evento en que se hayan pactado multas o cláusulas penales en los convenios interadministrativos propiamente dichos, la declaratoria de incumplimiento o la imposición de las multas o cláusulas penales, así como su ejecución, corresponderá al juez del convenio y, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas del derecho común.

Finalmente, existen otros instrumentos y herramientas jurídicas para la planeación y exigencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas en los contratos y convenios interadministrativos que, de acuerdo con la posición reiterada de la Sala<sup>262</sup>, deberían implementarse en virtud del claro fundamento constitucional que tiene la contratación estatal, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6,

---

262.

Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos n.º 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014 y 2260 de 2015, solo por citar los más recientes.

121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), libertad de competencia (art. 333 C.P.) imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.), así como los principios de transparencia, economía y responsabilidad (particulares de esta actividad y contenidos en la Ley 80 de 1993, arts. 23 a 27), junto con la selección objetiva que ordena la Ley 1150 de 2007 (art. 5).

Así las cosas, como quiera que la Administración tiene vedado asumir una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, con el fin de prevenir el incumplimiento en los contratos y convenios interadministrativos, es imperativo que, en aplicación de los principios constitucionales y legales de la contratación estatal en función a su cabal cumplimiento, las entidades estatales adopten, entre otras, las siguientes medidas que resultan aconsejables en los estudios previos que sustentan la contratación, en las cláusulas contractuales y en la disposición final del vínculo cuando se presenten ciertos supuestos convenidos.

### 1.2.1. En los estudios previos

Las entidades estatales deben observar la *carga de conocimiento*, la cual consiste en conocer a fondo la futura entidad estatal contratista o cocontratante, según el caso, para lo cual habrán de exigir la información necesaria acerca de la conducta observada en otros contratos y convenios interadministrativos, la idoneidad de su equipo humano y su disponibilidad y grado de alistamiento para cumplir con el objeto del contrato o del convenio interadministrativo proyectado, entre otros aspectos.

Por otra parte, en armonía con lo anterior, en desarrollo del principio de buena fe, surge un correlativo *deber de diligencia* de las entidades de suministrar la información relacionada con su comportamiento en la ejecución de sus obligaciones contractuales, de manera que el ocultamiento o falta de suministro de información relativa a los antecedentes o comportamiento contractual anterior (incumplimientos de contratos o convenios interadministrativos) podría tener consecuencias desfavorables desde el punto de vista de negociación.

En un adecuado ejercicio del deber de planeación, es conveniente advertir que la tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de cumplimiento, hace necesario determinar e indicar las garantías que se exigirán en la contratación, como quiera que requerir garantías en los contratos y convenios interadministrativos, además de no estar prohibido por la ley, constituye una medida proporcionada para evitar el riesgo sospechado, en clara aplicación del deber de planeación y el principio de precaución.

## 1.2.2. En las cláusulas de los contratos y convenios

La Sala también sugiere incluir las siguientes cláusulas en los contratos y convenios interadministrativos, las cuales deben plantearse desde los estudios previos y analizarse en las tratativas previas a su perfeccionamiento, en desarrollo del principio de buena fe y en observancia de las *cargas de claridad y lealtad* que exige la construcción del vínculo:

- ***Pacto de conocimiento y diligencia, referido al conocimiento de la trascendencia o importancia del contrato o convenio en atención a los deberes constitucionales y legales involucrados, así como la capacidad institucional y la idoneidad de la futura entidad estatal contratista;***
- **En atención a los principios de transparencia y precaución, se debe nombrar un supervisor o interventor del contrato o convenio, según el caso;**
- **Se debe identificar como riesgo asociado al contrato y convenio el de cumplimiento. Por tanto, deberán ofrecerse garantías a juicio de la entidad estatal contratante o convenirse entre las entidades partícipes del convenio;**
- **Con base en las facultades de dirección y control del contrato, se estipularán causales de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista y clausula penal, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.**
- **En los convenios interadministrativos, establecer los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, así como pactar expresamente las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento. En consecuencia, será posible pactar multas y cláusulas penales, pero su imposición corresponderá al juez del convenio.**

**Acudir al mutuo disenso o a la condición resolutoria expresa<sup>263</sup>, como instrumentos y herramientas jurídicas para poder precaver o exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas en los contratos y convenios interadministrativos, so pena de extinción anticipada del vínculo, cuando se presenten determinadas circunstancias previamente pactadas por las partes.**

### 1.3. Concepto PL 00004 del 22 de noviembre de 2022<sup>264</sup>

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en ejercicio de la función que le otorga el numeral 7 del artículo 112<sup>265</sup> de la Ley 1437 de 2011, tal como fue modificada por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021, emitió un concepto para ayudar a solucionar una controversia jurídica surgida entre el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (Enterritorio), en relación con la *ejecución y liquidación de un contrato interadministrativo* celebrado entre dichas entidades.

Con el fin de dar respuesta a los interrogantes planteados, la Sala analizó los siguientes aspectos, entre otros: (i) naturaleza, alcance y régimen legal aplicable a los contratos de gerencia integral de proyectos celebrados por Enterritorio; (ii) las obligaciones de medio y de resultado, y las causales de exoneración: hecho exclusivo de un tercero; (iii) el Sistema General de Regalías: normativa aplicable para la estructuración y aprobación de proyectos de inversión; (iv) el contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, y sus modificaciones; (v) análisis de las controversias sostenidas por las partes, en relación con 6 proyectos o subproyectos de inversión específicos; (vi) los honorarios pactados en el contrato interadministrativo a favor de Enterritorio (“cuota de gerencia”), y su eventual obligación de devolución; (vii) los rendimientos financieros generados por los recursos entregados por el DNP a Enterritorio, y su eventual obligación de reintegro; (viii) el gravamen a los movimientos financieros (GMF) causados en la ejecución de tales recursos, y (ix) la liquidación del contrato interadministrativo y la forma de solucionar la controversia existente entre las partes.

263.

Así lo estudió esta Sala en el Concepto 2150 de 2013.

264.

Consejera ponente Ana María Charry Gaitán

265.

Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. [...]

7. Emitir concepto, a petición del Gobierno Nacional o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en relación con las controversias jurídicas que se presenten entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial, con el fin de precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente. El concepto emitido por la Sala no está sujeto a recurso alguno. [...]

La Sala de Consulta respondió las preguntas formuladas por el DNP y Enterritorio, indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

- **El mecanismo más idóneo, razonable y eficaz que pueden utilizar las partes para solucionar las controversias surgidas entre ellas, en relación con la ejecución del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, es la liquidación bilateral o de común acuerdo de dicho contrato, dentro del plazo establecido en la ley.**
- **En la etapa de liquidación, las partes pueden celebrar transacciones y otra clase de arreglos que les permitan solucionar y finiquitar satisfactoriamente las diferencias que subsistan entre ellas.**
- **Adicionalmente, los acuerdos a los que lleguen las partes, durante la liquidación, deben tener en cuenta, como criterio fundamental, la necesidad de proteger y salvar los recursos públicos del Sistema General de Regalías que se han invertido hasta el momento en la estructuración de los proyectos, y satisfacer las necesidades básicas insatisfechas que se pretendían solucionar con aquellos en las comunidades beneficiarias.**
- **Con respecto a las actividades o gestiones que dependían de un tercero (como las entidades territoriales), la Sala consideró que Enterritorio asumió libre y voluntariamente el riesgo de inejecución o ejecución tardía de tales labores, cuando se obligó, mediante 2 modificaciones al contrato, a entregar un grupo determinado de proyectos *debidamente estructurados, en fase de factibilidad, en una fecha cierta, con la plena conciencia de que dicha entrega dependía de las actividades que realizaran o culminaran esos terceros, y que, en las fechas de suscripción de las modificaciones contractuales citadas, no habían ejecutado o culminado.***
- **Asimismo, la Sala pudo verificar que, en varios de los proyectos objeto de la controversia, Enterritorio no cumplió adecuadamente con otras de sus obligaciones contractuales.**
- **Por tales razones, a juicio de la Sala, existió un incumplimiento parcial del contrato por parte de Enterritorio, en algunos de los proyectos mencionados, el cual está referido principalmente a su obligación de entregar determinados proyectos o subproyectos de inversión *debidamente estructurados en fase de factibilidad, dentro del plazo acordado por las partes (obligación de resultado), en conjunto con otras obligaciones que tenía***

a su cargo dicha entidad, sin que el incumplimiento de los mencionados terceros lo exonere de responsabilidad, pues dicha situación no puede calificarse jurídicamente, en este caso, como el “hecho exclusivo de un tercero” u otro evento de “causa extraña”.

- Con respecto honorarios a favor de Enterritorio (llamados cuota de gerencia) por la ejecución de este componente del contrato interadministrativo, la Sala entiende que dicha entidad solo tenía derecho a recibir la totalidad de la cuota de gerencia si hubiese cumplido cabalmente con la totalidad de sus obligaciones. En consecuencia, y dado que se presentó un incumplimiento parcial del contrato, por parte de Enterritorio, dicha entidad tendría que devolver parte de sus honorarios, en proporción al referido incumplimiento, dentro del plazo que las partes acuerden.
- En relación con los rendimientos financieros generados por Enterritorio, durante la ejecución del contrato interadministrativo, con los recursos que le entregó el DNP, la Sala consideró que, aun cuando en dicho contrato se pactó que tales rendimientos serían para Enterritorio, sin ninguna excepción, tales rendimientos constituían una especie de *remuneración adicional* para Enterritorio (además de la “cuota de gerencia”), por la efectiva realización de las actividades y la prestación de los servicios a su cargo.
- Por tal razón, y como Enterritorio incurrió en un incumplimiento parcial, debe reconocer y pagar o devolver al DNP, dentro del plazo que las partes acuerden, los rendimientos financieros generados por las sumas de dinero que esa entidad debería reintegrar, según lo explicado en este concepto, por haber ejecutado indebidamente algunas de sus obligaciones. Sobre este punto específico, la consejera ponente salvó su voto, al no compartir el criterio adoptado por la mayoría.
- Con respecto al gravamen a los movimientos financieros (GMF), la Sala considera que el costo del tributo pagado efectivamente por Enterritorio no debe ser asumido por el DNP, en relación con los recursos que Enterritorio deba reintegrarle a la liquidación del contrato interadministrativo, debido a que, si el valor de dicho impuesto fuera deducido o descontado por Enterritorio, de las sumas a devolver al DNP, este organismo no recibiría una indemnización integral del daño o perjuicio económico sufrido por el incumplimiento parcial del contrato.

En consecuencia, las sumas de dinero que Enterritorio deba reintegrar, tal como se acuerde en el acta de liquidación, deberán devolverse de manera completa, es decir, sin descontar el correspondiente gravamen a los movimientos financieros (GMF) que dicha entidad haya pagado.

## 2.

# Conceptos de la sala sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales

## 2.1. Consideraciones generales acerca de la Ley de Garantías

Este tema ha sido de gran impacto en la actividad contractual de la administración pública y ha generado varios pronunciamientos de la Sala. Para empezar, vale la pena reseñar el Concepto 2489 de 2022, que desarrolla las consideraciones generales sobre la ley de garantías. En primer lugar, se debe recordar que La Ley 996 de 2005, reglamentó la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal *f* de la Constitución Política de Colombia y en desarrollo del artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2004, reformó el artículo 197 de la Constitución Política, permitió la reelección del Presidente y del Vicepresidente de la República para el periodo inmediatamente siguiente, y adicionó el artículo 152 de la Carta para que por medio de una ley estatutaria se regulara “la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.

Dicho Acto Legislativo 02 dispuso que la ley estatutaria debería regular lo relativo a “garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República”.

En tal sentido, la Ley 996 de 2005 estableció dentro de sus objetivos<sup>266</sup>: (i) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular; (ii) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos; (iii) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas;

---

266.

Analizados por la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto del 20 de febrero de 2018. Radicación 2017-00205-00 (2366).

(iv) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados; (v) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador; y (vi) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales.-

Los artículos 32 y 33 de la ley en cita, referidos a vinculación de personal y a la contratación pública bajo la modalidad de contratación directa, respectivamente, rigen durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso.

Sobre el alcance de las anteriores disposiciones esta Sala ha emitido pronunciamientos en los que ha definido varias premisas, a saber:



**La prohibición contenida en las normas antes señaladas es de carácter temporal (4 meses anteriores a la elección).**



**Los límites para efectuar la contratación directa se extienden a todos los organismos y entidades estatales, sin que resulten determinantes la naturaleza jurídica, la forma de organización o la pertenencia a una u otra rama del poder público.**



**También se determinó que debía entenderse por contratación directa cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de pluralidad de oferentes.**

## 2.2. Casos de excepción de aplicación de la Ley de Garantías

En relación con las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública se debe señalar que las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 a saber: (i) lo referente a la defensa y seguridad del Estado; (ii) los contratos de crédito público; (iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y (v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Respecto de estas excepciones se destacan 2 conceptos en los que la Sala señaló que procedía la excepción. El primero de ellos es el Concepto 2371 de 2018, en el cual la Sala ha puntualizado que las excepciones que contiene el inciso segundo del artículo 33 son taxativas y su interpretación debe ser de carácter restrictivo. Dentro de la excepción que consagra el inciso 2 del artículo 33, se encuentran los contratos que “deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”. Es indudable que las entidades que presten servicios tendientes a preservar la salud pública o humana deben ser consideradas como entidades sanitarias y en principio estarían exceptuadas de la prohibición de contratación directa.

Sin embargo, se precisó que la posibilidad de contratación directa por excepción por parte de las entidades hospitalarias de carácter público, debe ser entendida solo en aquellos eventos en que ocurran emergencias sanitarias o de salubridad que requieran la atención o prestación inmediata y oportuna de los servicios de salud, y no puede extenderse a los contratos que habitual y ordinariamente celebran las entidades territoriales con las entidades hospitalarias, ya que dichos órganos deben planear y desarrollar su gestión contractual con suficiente antelación para que no sea cobijada por la prohibición de contratación que establece la Ley de Garantías.

Finalmente, está el Concepto 2382 de 2018, en el cual la consulta estuvo relacionada con la aplicación de la prohibición a la contratación directa, contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005<sup>267</sup>, frente a la eventual adjudicación y suscripción del contrato que instrumente el proyecto de asociación público privada (APP) que se tramita, relacionado con el galeón

---

267.

“Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente/Presidenta de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”.

San José, con base en lo dispuesto en los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política, y en la Ley 1675 de 2013, cuyo objeto consiste en “establecer las condiciones para proteger, visibilizar y recuperar el Patrimonio Cultural Sumergido.

La Sala tuvo en cuenta que se trataba de un proyecto de asociación público privada (APP) de iniciativa privada, sin desembolso de recursos del Estado, que empezó a estructurarse desde el año 2015 y cuyo objeto consistía en realizar las actividades de “intervención, aprovechamiento económico, preservación y divulgación del hallazgo (galeón San José) por parte del concesionario; así como el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública asociada, la cual se compone de un laboratorio para la conservación de materiales y un museo que permita la divulgación y apropiación del patrimonio cultural de la Nación”.

Considerando que, tal como están reguladas las asociaciones público-privadas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, tanto en las de iniciativa pública como en aquellas que surgen de la iniciativa privada (con o sin aportes del Estado), los procesos de selección que deben utilizarse en cada caso involucran: a) convocatoria pública y b) la posibilidad de que participen varios oferentes. El hecho de que en una APP de iniciativa privada y sin aporte de recursos públicos se contrate con el originador, debido a que, dentro del plazo legalmente establecido, no se presenten terceros que manifiesten su interés en realizar el proyecto, o se presenten, pero no cumplan los requisitos exigidos por la entidad estatal, no significa que el proceso de selección que se lleve a cabo se convierta en uno de “contratación directa”.

En este contexto, se concluyó que el proceso de selección llevado a cabo el Ministerio de Cultura, independientemente de su resultado, no correspondía al sistema de “contratación directa”, por lo que no estaba prohibido continuarlo ni suscribir el contrato respectivo, durante la época de la restricción establecida por la “Ley de Garantías Electorales”. A este respecto, es de resaltar el reciente Concepto 2489 de 2022.

El Ministerio del Interior, amparado en la habilitación legal contenida en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, que autorizó a la nación para celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales tendientes a ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, y modificó el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 “Ley de Garantías Electorales” en punto a la prohibición impuesta a gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, de celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones, suscribió convenios interadministrativos con entidades territoriales dentro de dicho periodo.

Posterior a la celebración de los mencionados convenios, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-153 de 2022 declaró inexecutable el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, con efectos retroactivos, al considerar que dicha disposición violó flagrantemente la reserva de la ley estatutaria y el principio de unidad de materia; en consecuencia, ordenó la aplicación de unas reglas para la terminación de los convenios interadministrativos suscritos por virtud de dicha disposición.

En este contexto la consulta se orientó a determinar: (i) el procedimiento respecto de los convenios en plena ejecución (ii) el procedimiento respecto de los convenios celebrados invocando razones de seguridad y defensa, en el marco de la excepción a la restricción prevista en el artículo 32 de la ley 996 de 2005; (iii) procedencia de la aplicación de las cláusulas de multa y penal pecuniaria; (iv) obligatoriedad de terminación y liquidación de todos los convenios suscritos en vigencia artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

Con el fin de dar respuesta a los interrogantes planteados, la Sala analizó los siguientes aspectos, entre otros: (i) la Ley 996 de 2005 y las prohibiciones en materia de contratación; (ii) la sentencia C-153 de 2022 de la Corte Constitucional; (iii) los contratos y convenios interadministrativos; (iv) la procedencia en los contratos y convenios interadministrativos de la imposición unilateral de multas y de la declaratoria unilateral de incumplimiento para la efectividad de la cláusula penal; (v) el deber de cumplimiento de las providencias judiciales; (vi) el cumplimiento de fallos judiciales que implican la celebración de contratos o convenios durante el término de prohibición de la Ley 996 de 2005; las respuestas están a continuación.

### **1) Convenios en plena ejecución:**

Deben ser terminados y liquidados inmediatamente sin perjuicio de la devolución de los recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a que haya lugar entre las entidades que los suscribieron. Si alguna de las entidades que son parte en los convenios se niega a terminarlos y/o a liquidarlos, la otra estaría facultada para demandar la terminación y/o la liquidación a efectos de obtener la devolución de los recursos públicos a que haya lugar.

Si se ha dado cabal cumplimiento al objeto y obligaciones pactados, se reconocerán los valores correspondientes a lo ejecutado, y se dispondrá y efectuará la devolución de los recursos girados y no ejecutados, todo, antes de la fecha del comunicado oficial de la sentencia.

Si, por el contrario, existe incumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, no puede efectuarse pago alguno relativo a dicho incumplimiento, y en caso de haberse girado recursos, deberá disponerse y efectuarse su devolución.

### **2) Convenios en el marco de la excepción a la restricción prevista en el artículo 32 de la ley 996 de 2005 (razones de seguridad y defensa):**

La Sala advirtió que la pregunta está formulada en términos imprecisos y parte de una suposición, atendiendo las consideraciones expuestas en el presente concepto, responde de la siguiente manera:

Los convenios cuyo fundamento jurídico fue la modificación que introdujo al artículo 38 de la Ley 996 de 2005, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, deberán ser terminados y liquidados inmediatamente.

### **3) Cláusulas de multa y penal pecuniaria:**

No proceden pues, los convenios celebrados en virtud de dicha norma deben ser terminados y liquidados de manera inmediata una vez expedido el comunicado oficial de la decisión de la Sala, lo cual impide conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En igual sentido, la declaratoria de incumplimiento y aplicación de la cláusula penal, cuyo límite temporal es la liquidación contractual, no es procedente, dado que ello también supondría el agotamiento del debido proceso dispuesto en el mencionado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cual no es posible ante la orden de terminación y liquidación inmediata de los convenios interadministrativos celebrados.

### **4) Obligatoriedad de terminación y liquidación de todos los convenios suscritos en vigencia artículo 124 de la Ley 2159 de 2021:**

Si, con excepción de los que se hubieren suscrito para atender necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda, y los celebrados en cumplimiento de una sentencia o providencia judicial proferida en una acción popular o de tutela.

### 3.

## Conceptos de la sala de consulta y servicio civil en materia de lucha contra la corrupción

Desde hace varios años, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha venido manifestando, en respuesta a consultas formuladas por el Gobierno Nacional, sobre los instrumentos jurídicos con los que cuenta la Administración Pública, tanto en el orden interno como en el plano internacional, para prevenir, mitigar, controlar y combatir la corrupción, especialmente en la contratación estatal.

Inicialmente, a raíz del escándalo que se destapó, a nivel internacional, por los casos de corrupción protagonizados por la compañía Odebrecht y otras firmas de varios países, especialmente en el campo de la infraestructura, que operaban también en Colombia, el Gobierno consultó a la Sala sobre los efectos que podían tener, en el país, las condenas judiciales y medidas de aseguramiento dictadas por jueces extranjeros a los representantes legales, administradores o socios de tales compañías, por delitos cometidos en otros países.

Vale la pena aclarar que, en ese momento, no se tenía claridad sobre la comisión de hechos de corrupción en Colombia, por parte de tales firmas, pero sí se sabía que estas habían suscrito y tenían en ejecución varios contratos con entidades públicas, y estaban participando en procesos de selección, para celebrar nuevos contratos.

El primer concepto que se emitió, dentro de dicho contexto, fue el número 2260 del 10 de agosto de 2015, mediante el cual la Sala respondió una consulta formulada por el Ministerio de Transporte, en la que preguntaba si las condenas judiciales, las medidas de aseguramiento y las investigaciones judiciales y administrativas, dictadas o iniciadas en el exterior contra compañías de otros países, sus representantes, miembros de junta directiva o socios, podrían generar inhabilidades para contratar con el Estado colombiano, en cabeza de dichas sociedades o sus sucursales en el país.

Para dar respuesta a esa consulta, la Sala analizó principalmente los siguientes temas: (i) el marco internacional en materia de prevención, sanción y colaboración contra los actos de corrupción; (ii) los principios constitucionales y legales que permiten prevenir la corrupción en la contratación estatal; (iii) los riesgos previsibles en la contratación, incluyendo el de corrupción, y su mitigación, por medio de las garantías contractuales; (iv) el

régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado colombiano; y (v) la interpretación y aplicación de las normas y causales de inhabilidad invocadas en la consulta.

En primer lugar, la Sala se refirió a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en este campo, que imponen a los países signatarios el compromiso de prevenir y luchar contra la corrupción, tipificar y sancionar penalmente algunas conductas, como el “soborno transnacional”, y colaborar activamente en el combate contra la corrupción, tanto en el plano administrativo como en el judicial.

En segundo lugar, la Sala recordó los principios generales que gobiernan el ejercicio de la función administrativa en Colombia y, en particular, la actividad contractual, tales como los principios de transparencia, buena fe, planeación, precaución y moralidad administrativa, que establece la Constitución Política y la ley, especialmente el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

A este respecto, la Sala recordó la importancia de tales principios y sus diferentes funciones en el ordenamiento jurídico, destacando la fuerza vinculante o normativa que tienen. Asimismo, formuló, con base en ellos, una serie de recomendaciones que las entidades públicas deberían acoger, tanto en los procesos de selección (desde la etapa de planeación hasta la adjudicación) como en los contratos, con miras a prevenir, mitigar, controlar y sancionar la corrupción en la contratación pública.

En lo referente a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, la Sala analizó a profundidad esta institución jurídica, en sus diferentes aspectos, incluyendo su naturaleza; sus fines; su interrelación con los principios mencionados; las causales previstas en la Constitución y en la ley; su interpretación y aplicación; los momentos en los que pueden presentarse, en la actividad contractual (antes de la adjudicación, después de esta y antes de la celebración del contrato, y luego de suscrito dicho acto), y los efectos jurídicos que producen, en cada caso, sobre el proceso de selección o el contrato.

Igualmente, en relación con una de las preguntas formuladas específicamente por el Gobierno, la Sala argumentó que la causal de inhabilidad prevista en el literal *j* del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 puede aplicarse también cuando las condenas judiciales o las medidas de aseguramiento, por delitos contra la Administración Pública, o por cualesquiera de los otros ilícitos mencionados en dicha norma, sean dictadas por jueces extranjeros, por conductas realizadas en otro país.

Igualmente, señaló que las causales de inhabilidad establecidas en los numerales 3 y 6 del artículo 58 de la Ley 80 también podrían aplicarse frente a medidas de aseguramiento y condenas penales dictadas por jueces extranjeros, siempre que las respectivas conductas se relacionen con la actividad contractual en Colombia de las personas investigadas o sancionadas.

En el Concepto 2264 del 27 de agosto de 2015, la Sala reiteró los argumentos, conclusiones y respuestas expresados en el concepto anterior, pero adicionó algunas consideraciones especiales, en relación con los contratos celebrados por una entidad pública, en particular: el Fondo Adaptación.

Posteriormente, la Sala emitió el Concepto 2346 del 15 de agosto de 2017, para responder una consulta formulada por el Gobierno, a través de la ministra de Transporte, sobre la posibilidad de que una entidad pública suscribiera un contrato de concesión para la ampliación, mejoramiento, operación y mantenimiento del aeropuerto Matecaña, con la firma que había resultado beneficiada con la adjudicación en el respectivo proceso de selección, a pesar de que los socios de dicha compañía habían participado también en otra sociedad, junto con Odebrecht, en la celebración y ejecución de un contrato con otra entidad estatal (el cual se estaba investigando).

En aquella ocasión, la Sala: (i) estudió la naturaleza jurídica y los efectos del acto de adjudicación de los contratos estatales; (ii) se refirió de nuevo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado y a las medidas que las entidades públicas pueden adoptar para mitigar, prevenir y controlar el riesgo de corrupción en los contratos, reiterando lo expuesto, sobre estos puntos, en los conceptos 2260 y 2264 de 2015; (iii) analizó la aplicación de dichas medidas en los contratos celebrados bajo el esquema de asociación público-privada (APP), de acuerdo con las normas de la Ley 1508 de 2012<sup>268</sup>; (iv) exhorto al Gobierno Nacional para revisar, actualizar, sistematizar y racionalizar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, y (v) formuló varias sugerencias y recomendaciones para implementar en el texto del contrato de concesión al que se refería esa consulta, y durante la ejecución.

Por último, el Gobierno Nacional, por intermedio de la ministra de Justicia y del Derecho, consultó a la Sala sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por participar en conductas tipificadas como “soborno transnacional”; la aplicación de las sanciones de suspensión y cancelación de la personería jurídica a dichas entidades, y las inhabilidades para contratar con el Estado, en las que pueden incurrir tanto las personas naturales como las jurídicas, por cometer aquella y otras conductas ilícitas, conforme a lo dispuesto en la Ley 1778 de 2016<sup>269</sup>.

Para absolver dicha consulta, la Sala expidió el Concepto 2425 del 16 de diciembre de 2019, en el cual: (i) hizo un recuento sobre los tratados internacionales suscritos por Colombia para luchar contra la corrupción y la delincuencia organizada internacional, así como sobre el desarrollo que tales convenios han tenido en la legislación colombiana; (ii) se refirió a lo dispuesto por la Ley 1778 de 2016, en materia de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por incurrir en “soborno transnacional”; (iii) analizó, de nuevo, la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1., literal *j*, de la Ley 80 de 1993, tal como había sido modificado (hasta ese momento) por la Ley 1778, y (iv) hizo alusión a otras medidas judiciales y administrativas que pueden adoptarse contra personas jurídicas, en casos de corrupción, tales como las previstas en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, modificado por la misma Ley 1778.

---

268.

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

269.

Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

## 4.

# Inhabilidades e incompatibilidades, participación ciudadana, descentralización administrativa, función consultiva para precaver litigios

Las inhabilidades e incompatibilidades son limitaciones establecidas por la Constitución y/o la ley al derecho fundamental a elegir y ser elegido y al derecho a acceder a funciones y cargos públicos, cuya misión es asegurar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en la prestación del servicio por parte de quienes desempeñan tales funciones. Las inhabilidades operan como restricciones de acceso al cargo, y las incompatibilidades, por su parte, como prohibiciones existentes para quienes se encuentran ya, ejerciendo su labor.

Sobre este tema en concreto, existen muchos conceptos proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil. No obstante, solo algunos de ellos proponen un vínculo claro entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la labor consultiva de la Sala o hacen análisis de naturaleza constitucional en la revisión de los asuntos.

Gran parte de los conceptos estudiados en la investigación tienen que ver con preguntas dirigidas a establecer si aplican o no las inhabilidades para el acceso a algún cargo público. Se destaca que, en su mayoría, se trata de preguntas relacionadas con funcionarios interesados en inscribirse a elecciones como candidatos al Congreso, luego de haber sido preferentemente, autoridades del orden territorial que se desempeñaban anteriormente como concejales, diputados, gobernadores o alcaldes. No obstante, en la revisión de estos asuntos, intentamos ampliar esa tendencia y analizamos uno sobre incompatibilidades de un congresista para ser elegido vicepresidente; otro sobre inhabilidades para aspirar al cargo de gobernador de un departamento e inhabilidades e incompatibilidades de diputados y concejales para acceder al Congreso. A continuación, veremos de qué se tratan estos casos y su nexa con la jurisprudencia o el análisis constitucional.

## 4.1. Los conceptos seleccionados

De los conceptos revisados en este tema<sup>270</sup>, aquellos que incluyen a nuestro juicio de una manera más evidente elementos de análisis constitucional y jurisprudencia de la Corte Constitucional, son los siguientes:

**En el Concepto 1378 de 2001, la Sala revisó el tema de las incompatibilidades de un congresista para ser elegido vicepresidente. El ministro del interior preguntó a la Sala sobre el régimen de incompatibilidades de los congresistas y sobre las posibilidades que tienen de ser elegidos como vicepresidente de la República, para el mismo periodo electoral en el que se encuentran o para el siguiente. Se inquirió sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del vicepresidente de la República; si un congresista podía ser elegido para el periodo constitucional siguiente como vicepresidente, sin violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y/o si debía renunciar a su investidura para ser elegido vicepresidente y con cuanta antelación. Finalmente, si un congresista elegido para un periodo constitucional podía ser elegido vicepresidente para el mismo periodo.**

Al respecto la Sala manifestó, luego de estudiar el régimen *sui generis* de las inhabilidades e incompatibilidades del vicepresidente, que existe una prohibición para los congresistas de elección simultánea a más de una corporación o cargo público, si los periodos coinciden en el tiempo. En ese sentido, en consideración al artículo 179.8 superior, señaló la Sala que la Corte Constitucional consideraba que esa prohibición se aplica a cualquier ciudadano, dado que la norma constitucional utiliza la expresión “nadie podrá”, y por lo tanto ello cobijaba a cualquier persona en esas circunstancias, incluso a los congresistas (Sentencia C-656 de 1997). Además, señaló que en la Sentencia C-145 de 1994, la Corte declaró inconstitucional una norma que pretendía excluir a los Congresistas de la incompatibilidad planteada en el numeral 8 del artículo 179 de la Carta.

---

270.

En el estudio adelantado en esta oportunidad, se revisaron 29 conceptos relacionados con los temas de las inhabilidades e incompatibilidades. En su mayoría tenían que ver con el tema de inhabilidades e incompatibilidades de congresistas (16) o de otras autoridades de elección popular (alcaldes, diputados, concejales) (7). Los demás se referían a inhabilidades o incompatibilidades de funcionarios o casos diferentes (FGN, CAR, veedores, etc.). Las normas especialmente consideradas, en la relación con la Corte Constitucional, por lo menos en los casos señalados, fueron principalmente los artículos 179.8 de la Carta y el numeral 8° del artículo 280 de la Ley 5 de 1992.

A partir de esa conclusión de la Corte, la Sala consideró que en el caso concreto, un congresista que aspire a ser vicepresidente en el periodo inmediatamente siguiente a su desempeño como Congresista, no incurre en la inhabilidad para acceder al nuevo cargo de vicepresidente, porque sus inhabilidades terminan en su periodo constitucional concreto y el desarrollo de la actividad de vicepresidente no ocurre de manera simultánea con el de congresista, sino que es una labor que se da en términos sucesivos. No sucede lo mismo cuando se trata del mismo periodo constitucional. En ese caso, el congresista elegido en ambos cargos para el mismo periodo incurre en la inhabilidad del art. 179.8 de la Carta y en la incompatibilidad del artículo 181 superior y por ese motivo puede verse tanto sometido a un proceso de nulidad de la elección correspondiente, como a la pérdida de investidura por la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En el Concepto 2251 de 2015, la discusión propuesta a la Sala se centró en las inhabilidades para aspirar al cargo de Gobernador. La consulta inquirió sobre tales inhabilidades, con fundamento en los siguientes interrogantes generales: (i) si un Gobernador cuya elección fue anulada, puede aspirar al mismo cargo para el periodo constitucional siguiente; (ii) si puede un Gobernador elegido, renunciar 12 meses antes a la inscripción de candidatos a la Gobernación, y no quedar inhabilitado para esa nueva elección; (iii) si puede un gobernador elegido, retirado por inhabilidad sobreviniente, aspirar al mismo cargo para el periodo constitucional siguiente, si la justicia administrativa suspendió varios fallos disciplinarios que aplicaron esa inhabilidad, y (iv) si un alcalde municipal elegido para un periodo constitucional concreto puede aspirar a ser gobernador en el mismo departamento, para el periodo siguiente, previa aceptación de la renuncia.

Para dar respuesta a estos interrogantes, la Sala revisó el tema de la interpretación del régimen de inhabilidades y recordó que conforme a la Sentencia C-147 de 1998 de la Corte Constitucional, la interpretación de las inhabilidades es restrictiva. En cuanto a la pregunta sobre la anulación de la elección del gobernador, se concluyó que dicha anulación supone que la elección nunca se produjo, por lo que no se tipifica la prohibición de ser elegido nuevamente. En el caso del gobernador que renuncia 12 meses antes para postularse al mismo cargo para el periodo siguiente, encontró la Sala que de acuerdo con el artículo 303 de la Constitución, existe la imposibilidad jurídica de la reelección inmediata de Gobernadores. Para el efecto, la Sala citó las Sentencias C-141 de 2020 y C-1040 de 2005 para dar cuenta del contexto histórico de esa prohibición, y determinar que lo que pretendía con esa norma constitucional, era evitar una concentración de poder en pocas manos.

El concepto presentó la llamada *exclusión del derecho al sufragio pasivo*, que es una categoría incluida en la Sentencia C-410 de 2010 de la Corte Constitucional, que revisó el proyecto de ley estatutaria que se convertiría en la Ley 1475 de 2011 sobre organización y partidos políticos. El concepto señaló que no es que al candidato se le haya limitado su derecho a elegir y ser elegido, sino que el derecho de postularse de nuevo de los gobernadores *no surge automáticamente a la vida jurídica, en virtud de la prohibición constitucional*.

La inelegibilidad proviene del ejercicio previo del cargo de Gobernador, que no se soluciona con una renuncia previa, porque el cargo efectivamente se ejerció. Así que, en este caso y en el de la inhabilidad sobreviniente, con el solo hecho de haber sido elegido gobernador ya configura la inhabilidad prevista en el artículo 303 C.P.

Finalmente, en el tema del alcalde, la Sala recordó que ellos no pueden inscribirse como candidatos a ningún cargo de elección popular durante el periodo para el cual fueron elegidos. El término que debe correr después del vencimiento del periodo constitucional o de la aceptación de la renuncia para poder inscribirse a cualquier cargo de elección popular es de 24 meses, si se trata de una elección en la respectiva circunscripción. Lo anterior, por cuanto una expresión del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 prohíbe elegir gobernador, a quien hubiera ejercido autoridad pública y administrativa en el mismo departamento, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección. Aunque según el artículo 39 *ibidem*, el término es 24 meses<sup>271</sup>. No obstante, según el concepto, la inhabilidad fue modificada por la Sentencia C-490 de 2011 y por ello, el término con el que se entiende la causal pasó de 24 a 12 meses.

Por lo tanto, los alcaldes municipales elegidos para el periodo 2012-2015 debían presentar su renuncia para aspirar al cargo de Gobernador y esta debía ser aceptada, antes del 25 de octubre de 2014, ya que las elecciones eran en octubre 24 de 2015.

Se destaca de este concepto, que la toma de decisiones de la Sala en 2 de los cuestionamientos propuestos por el Ministerio se apoyó en tesis propuestas por la Corte Constitucional relacionadas con el parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011<sup>272</sup>.

Por último, en el **Concepto 2320 de 2016**, se revisó el tema de las sentencias de unificación del Concejo de Estado y el de las inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales. En esa oportunidad se consultó a la Sala sobre el momento en el que deben renunciar los diputados y los concejales elegidos para el periodo 2016-2019 que estén interesados en inscribirse como candidatos a las elecciones de Senado y Cámara de Representantes para el periodo 2018-2022, sin contravenir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Lo

271.

Al respecto, en la Sentencia C-490 de 2011 la Corte Constitucional revisó el proyecto de ley estatutaria que se convertiría en la Ley 1475 de 2011 sobre organización y partidos políticos. Y esa ley, en el artículo 29 dice que el presidente presidente presidente puede designar de ternas enviadas por el partido, a alcaldes o gobernadores en caso de faltas absolutas. Pero, se destaca, no pueden ser designados los que incurran en las inhabilidades a que se refieren los artículos 30 (1,2,5 y 6) y 37 (1,4 y 5) de la Ley 617 de 2000. Luego de reiterar las causales de inelegibilidad, de recordar que el tema de las inhabilidades es restrictivo y de que el límite es el régimen de los congresistas, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de esta norma, "en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del parágrafo no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Carta", esto es, 12 meses anteriores a la fecha de la elección.

272.

En el primer caso, al acoger la teoría de la Corte del sufragio pasivo y las causales de inelegibilidad con respecto a la interpretación del artículo 303 superior. De hecho se deja claro que un gobernador elegido previamente no puede postularse o ser elegido para un período siguiente, porque el acto de una elección así, ante la prohibición constitucional, ni siquiera nace a la vida jurídica. En el segundo caso, la Sala acoge la interpretación modulada dada por la Corte en la Sentencia C-490 de 2011 sobre el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, confirmando que el término de la inhabilidad para que un alcalde renuncie para aspirar al cargo de gobernador es de 12 meses y no de 24 como se decía en el régimen anterior.

anterior, en consideración a la Sentencia C-093 de 1994 de la Corte Constitucional, al Concepto de la Sala de Consulta 413 de 1991 y a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 7 de junio de 2016, en la que se señaló que debe darse prelación a los derechos de los electores frente a los derechos de los elegidos, y que quien renuncia a un cargo para el cual ha sido elegido, con el fin de acceder a otro de elección popular, incurre en una defraudación del mandato democrático que ha recibido.

Por lo tanto, el ministerio indagó a la Sala sobre si lo dispuesto en la sentencia de unificación del 7 de junio de 2016 del Consejo de Estado, tenía aplicación para los cargos colegiados, y si el aspirante a ser electo Senador era diputado o concejal en ejercicio, en qué momento debía renunciar, si su periodo iba de 2016 a 2019, y al que aspiraba iba de 2018-2022.

La Sala revisó en este caso, el papel de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y consideró, atendiendo las providencias C-816 de 2011, C-588 de 2012 y la C-816 de 2011 de la Corte Constitucional, que la aplicación de una sentencia requiere que, en el caso concreto, se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos que se dieron en la sentencia de unificación. Como la hipótesis presentada en la consulta es diferente a la planteada en la sentencia de unificación, se concluyó que esa sentencia no era aplicable al caso concreto.

En lo que respecta a las inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, se revisó que algunos consideran que en el tema de la coincidencia de periodos, hay una contradicción entre el artículo 179 de la Carta<sup>273</sup> y el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992<sup>274</sup>, que sostiene que no se permite coincidencia de periodos, salvo si se presentó renuncia al cargo, antes de la elección correspondiente. Para la Corte, en efecto, de acuerdo con la Sentencia C-093 de 1994, se configura *falta absoluta* en presencia de una renuncia formalmente aceptada de un concejal o un diputado antes de la inscripción como candidato, por lo que no rige en tales casos la prohibición del numeral 8 del artículo 179 superior. Cuando una persona renuncia, no se puede dar la inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio del cargo. De allí sale una línea jurisprudencial del Consejo de Estado que admite que, si se renuncia a la investidura antes de inscribirse a la candidatura, no opera la prohibición del artículo 179.8 de la Carta. Aunque se requiere además que la renuncia sea aceptada, antes de inscribirse como candidato.

Sobre la posibilidad de que los cargos no se sucedan en un mismo periodo, cuando hay una falta absoluta que puede darse con la renuncia, el Consejo de Estado concluye que la renuncia de los concejales y diputados con anterioridad a la inscripción de sus candidaturas elimina incurrir en la inhabilidad mencionada de la doble gestión o vinculación a cargos públicos. Lo mismo ocurre con la inhabilidad relacionada con ser empleado público en los 12

---

### 273.

Artículo 179 C.P. No podrán ser congresistas: [...] 8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

### 274.

Artículo 280 Ley 5 de 1992. Casos de Inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas: [...] 8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.

meses anteriores, porque se acoge también lo mencionado por la Corte en el sentido de que los concejales y los diputados, son servidores públicos, pero no empleados públicos.

En consecuencia, muchos de los conceptos enunciados en materia de inhabilidades e incompatibilidades, bajo un entendimiento integral de la Carta, dan cuenta de análisis constitucionales de la Sala, apoyados en decisiones de la Corte Constitucional.

## 4.2. Conceptos de la Sala de Consulta relacionados con mecanismos de participación ciudadana

El ejercicio efectivo de la democracia participativa resulta ser no solo un deber y una necesidad del Estado, sino que se traduce, además, en un derecho fundamental de los colombianos. Más allá del sufragio como mecanismo propio de la democracia representativa, el modelo ampliado de democracia participativa que existe en nuestro ordenamiento, a partir del reconocimiento consagrado en los artículos 1, 2, 3, 40, 95 y 103 de la Carta, le ha dado vida a la acción directa de los ciudadanos en la toma de decisiones que los afectan, a través de varios mecanismos, como los referendos, las consultas populares, la revocatoria del mandato, el plebiscito, cabildo abierto, veedurías, etc.

Por su importancia para la democracia, la labor de todas las autoridades, incluyendo la de las judiciales, se encuentra orientada hacia la materialización del ejercicio efectivo de estos derechos a la participación ciudadana, en diferentes contextos.

Bajo ese referente, los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil revisados para la presente investigación han propendido también por ese cometido<sup>275</sup>. En ese sentido, los más cercanos en su interacción con la labor del juez constitucional, han sido aquellos que han necesitado acudir a la interpretación normativa dada por la Corte, en sentencias que revisan la exequibilidad o inexequibilidad de normas que sirven de fundamento o que apoyan la decisión de la Sala, o que han decidido acudir a principios consagrados en la Carta, en la toma de las decisiones que involucran la interpretación constitucional requerida.

---

275.

En el tema de los mecanismos de participación ciudadana, se revisaron 14 conceptos. Varios tuvieron que ver en concreto con mecanismos de participación (Consulta, referendo, mecanismos de participación) (6) y los demás con temas muy variados de participación (valor copias en el caso de ediles, vacancias, efectos del voto en blanco, etc.). Se destacan en general los temas ligados con el referendo, porque fueron los más cercanos a la jurisprudencia constitucional.

### 4.2.1 Los conceptos seleccionados

Los conceptos escogidos para destacar la interacción de la Sala de Consulta y Servicio Civil con la labor de la Corte Constitucional, entre otros, son los Conceptos 1195 de 1999, 1131 de 2001 y 2381 de 2019. Estos conceptos fueron seleccionados entre muchos otros, porque en ellos puede verse con claridad, cómo ciertas sentencias de la Corte contribuyeron en la toma de la decisión final de la Sala en el caso concreto, sea porque fueron parte de la *ratio decidendi* en alguna de las respuestas a las preguntas planteadas, o porque reafirmaron la toma final de la decisión.

De este modo, en el Concepto 1195 de 1999, las preguntas del Ministerio del Interior estuvieron orientadas principalmente a saber si someter a la revisión previa y constitucional del Tribunal Contencioso Administrativo del decreto de convocatoria a un referendo y la ordenanza correspondiente, era un requisito forzoso para darle viabilidad al mecanismo de participación necesario para la aprobación de la creación o no de un municipio nuevo en la Guajira; si ello debía darse dentro de los 3 meses que señala la ley desde la expedición de la ordenanza o si el término de 6 meses era el pertinente. También conocer cuáles eran las consecuencias de excederse en ese término, ante la necesidad eventual de tener que corregir lo que prescribiera el Tribunal en su revisión constitucional, a fin de asegurar que la convocatoria al referendo se ajustara a la Carta y a la ley.

La Sala recordó en ese concepto, que la Sentencia C-180 de 1994 que revisó el proyecto de ley de la que llegó a ser la Ley 134 de 1994 -estatutaria de los mecanismos de participación-señaló que el control previo de constitucionalidad a la convocatoria al referendo era necesario, y resultaba exequible, y que el artículo 44 de esa ley, preveía ese control en cabeza de los Tribunales competentes. Sobre esa base la Sala de Consulta contestó a la primera pregunta, que el control constitucional ejercido por los Tribunales Contenciosos en relación con el decreto del gobernador que convoca al referendo y de la ordenanza que aprueba la creación de un municipio, es previo, conforme a lo que ordena la Ley 134 de 1994 en su artículo 44.

Para la respuesta a los demás interrogantes, estimó la Sala que el término propuesto en la ley para que se efectuara el referendo luego de la ordenanza que disponga la creación de un municipio, es de 3 meses y no de 6 meses, porque este último término solo opera para los referendos convocados por iniciativa popular. En cuanto a la pregunta final sobre los efectos de superar los 3 indicados debido a que se extienda el proceso de revisión constitucional del Tribunal, dijo el concepto que la demora, con causa justificada, no viciaba de nulidad el acto complejo de creación municipal, ni la expresión de la voluntad popular.

Una respuesta que acogió lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-180 de 1994 en cuanto a la exequibilidad del control previo de constitucionalidad que realiza el Tribunal, y que, al ser parte de la exigencia del acto complejo de creación municipal, también sirvió para fundamentar la causa justificada, en caso de demora, de la tercera respuesta.

En el Concepto 1131 de 2001, el Ministerio del Interior inquirió si el referendo aprobatorio consagrado en el artículo 5 de la Ley 134 de 1994, aprueba el texto reformativo de la Constitución incorporado al proyecto de ley que fue negado por el Congreso, o si se requieren 2 referendos: uno para aprobar el proyecto negado y otro para aprobar el texto.

También preguntó si el Congreso, cuando le presentan el proyecto de ley que convoca al referendo, debe pronunciarse solo sobre la aprobación o negación de la convocatoria o si puede pronunciarse sobre el texto reformativo de la Carta que se propone. Por último, preguntó que en el caso de que el proyecto de ley que convoca al referendo sea de iniciativa gubernamental, y no lo apruebe el Congreso, si puede convocarse al referendo aprobatorio del artículo 5 de la Ley 134 de 1994 y si se requiere o no el respaldo de firmas del artículo 32 de la misma ley, para el efecto.

En este concepto recordó la Sala que la Corte Constitucional en la Sentencia C-180 de 1994 encontró que extender el referendo aprobatorio a proyectos de ley, ordenanzas, etc., era constitucional y que podía darse tanto para aprobar cambios en entidades territoriales, como para aprobar un proyecto de reforma constitucional. El referendo constitucional se regula entonces por el artículo 378 superior y por el artículo 33 de la Ley 134 de 1994. De manera tal que, si el Congreso no aprueba el proyecto, se puede hacer viable la iniciativa popular según el artículo 32 de la Ley 134 de 1994, si un número no menor al 10% del censo electoral solicita al Registrador la convocatoria al referendo. La Corte Constitucional declaró constitucional tanto el artículo 5 del referendo aprobatorio, como el artículo 32 de la Ley 134 de 1994, por lo que, si el proyecto de ley de iniciativa popular es negado, los promotores tienen 6 meses para completar el 10% mencionado del censo electoral para solicitar al Registrador la convocatoria al referendo correspondiente.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluyó para la primera pregunta, que el referendo aprobatorio del que habla el artículo 5 de la Ley 134 de 1994, debe entenderse en concordancia con el artículo 378 superior, para el caso del proyecto de acto legislativo. Si el Congreso no adopta el proyecto de iniciativa popular para adelantar una reforma constitucional, los promotores deben acogerse a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 134 de 1994. La decisión que adopte el pueblo, siempre y cuando haya participado la cuarta parte del censo electoral, comprende tanto el proyecto de ley como el texto de la reforma constitucional.

En lo que respecta a la segunda pregunta, la Sala consideró que el Congreso puede analizar la conveniencia del proyecto y revisar formalmente el temario, pero no puede modificar sustancialmente el articulado, porque eso desconocería la iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos. Por último, en lo concerniente a la tercera cuestión, dijo la Sala que si el proyecto reformativo es de iniciativa gubernamental y no es adoptado por el Gobierno, no es posible convocar al referendo aprobatorio del art. 5 de la Ley 134 de 1994, porque ese es solo de iniciativa popular.

En el Concepto 2381 de 2019, por su parte, el Ministro del Interior consultó sobre la entidad que tiene que asumir los costos de la materialización y realización de los mecanismos de participación ciudadana, por diferencias entre la Registraduría Nacional y el Ministerio de Hacienda, que han llevado a la suspensión práctica de ese ejercicio ciudadano por bloqueo de los recursos. La Registraduría considera que es ella, desde su presupuesto, la que debe asumir esos costos. Sin embargo, el Ministerio de Hacienda se abstiene de girarle los recursos, porque estima que son las entidades territoriales las que deben asumir el valor del despliegue de esos mecanismos de participación, por ser producto de convocatorias territoriales.

Por consiguiente, pregunta el ministerio cuál es la autoridad que debe financiar los costos inherentes a un mecanismo de participación ciudadana convocado en el nivel territorial y si existe un criterio diferencial que permita concluir que en caso de que los mecanismos de participación ciudadana sean convocados en el nivel territorial, es la entidad territorial convocante, la que debe asignar los recursos a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En el concepto señalado, la Sala recordó que, en materia de financiación de la democracia participativa, la Corte Constitucional indicó en la Sentencia C-150 de 2015, que aunado al hecho de que la participación ciudadana es un derecho fundamental que merece especial protección constitucional, existe una obligación del Estado de garantizar su efectividad. No pueden las entidades públicas, en consecuencia, realizar acciones tendientes a eliminar cualquier expresión de la democracia. La Sentencia C-180 de 1994 (en la que se realizó el control previo del proyecto de ley que culminó con la Ley 134 de 1994) la Corte señaló que “no se puede pensar en estructurar todo un estatuto de participación democrática si no se dispone de los recursos necesarios para hacerlos efectivos”. En la Sentencia C-150 de 2015 (que hizo lo propio frente al proyecto de ley que culminó en la Ley 1757 de 2015), la Corte señaló que “se encuentran proscritas todas aquellas regulaciones, medidas o prácticas que puedan tener como resultado la supresión de cualquiera de las expresiones de la democracia que han sido reconocidas en la Constitución”.

Por lo tanto, las autoridades están obligadas a promover y facilitar la participación de la ciudadanía, lo que implica además, asegurar la destinación de los recursos necesarios para garantizar la efectividad del derecho fundamental. Si bien puede darse la colaboración armónica en materia de financiación, se recordó por la Sala de Consulta que, tal y como lo dijo la Sentencia C-246 de 2004 de la Corte, esa colaboración “no puede llegar al extremo de desconocer el reparto funcional de competencias”. Sobre esa base y considerando que no existen normas claras sobre financiación territorial, y la Registraduría sí tiene entre sus competencias la de dirigir y organizar los mecanismos de participación ciudadana, la Sala consideró por tanto, que la autoridad que debe financiar los costos inherentes a la realización de un mecanismo de participación ciudadana que requiera la expresión de la voluntad popular, convocado a nivel territorial, es la Registraduría Nacional del Estado Civil, ya que dicho órgano electoral es el competente para dirigir, organizar y vigilar dichos mecanismos. No obstante, las entidades territoriales pueden apoyar, colaborar o concurrir en la financiación de los mismos.

Con respecto a la segunda pregunta indicó que no hay ningún criterio diferencial que implique que sea la entidad territorial la que debe financiar un mecanismo de participación ciudadana de origen territorial. Pero, una entidad territorial si puede, en virtud de los principios de colaboración armónica y autonomía territorial, concurrir en la financiación de los mecanismos, mediante convenios interadministrativos.

En consecuencia, en su análisis constitucional, la Sala acogió lo dicho por la Corte Constitucional con relación a la obligación del Estado de garantizar no solo el reconocimiento de la participación ciudadana como un derecho fundamental, sino la obligación del Estado de garantizar su efectividad, lo que implica que se destinen los recursos necesarios para asegu-

rar el derecho. De lo que se colige que es deber del Estado asegurar por todos los medios la realización de ese derecho. Por ende, ante la falta de legislación clara sobre la concurrencia de las obligaciones financieras entre el nivel nacional y territorial, la determinación de la Carta de indicar que el dinero sale del presupuesto nacional y ante las obligaciones existentes sobre el particular en cabeza de la Registraduría, la Sala concluyó que esta última es la competente, sin desmedro de que las entidades territoriales pueden colaborar mediante convenios interadministrativos.

### 4.3. Creación o a autorización de entidades administrativas descentralizadas por servicios

En el **Concepto 2496 de 2023**, el Gobierno Nacional presentó a la Sala una consulta acerca de la interpretación del artículo 69<sup>276</sup> de la Ley 489 de 1998<sup>277</sup>, que se refiere a la creación de entidades administrativas descentralizadas, y, en particular, interrogantes sobre el alcance de la exigencia de acompañar un “estudio demostrativo que justifique la iniciativa”, a que se refiere esta disposición<sup>278</sup>.

La Sala a fin de responder las inquietudes, estudió el marco jurídico -constitucional y legal- que regula en Colombia, la creación de las entidades administrativas descentralizadas. Revisó el tema de la descentralización territorial y la descentralización por servicios a la luz de la Constitución y precisó que, de conformidad con la Carta, las entidades descentralizadas por servicios a nivel nacional deben ser creadas por el Legislador, a solicitud del Gobierno. No obstante, en el caso particular de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, también pueden ser autorizadas por el Legislador, para su posterior creación por parte del Ejecutivo. En el nivel territorial, las entidades descentralizadas por servicios deben ser creadas directamente por la respectiva asamblea departamental, concejo municipal o concejo distrital, a iniciativa del gobernador o alcalde respectivo, con

276.

Artículo 69. Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

277.

Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

278.

Las preguntas se centraron en determinar si existía (i) definición legal del concepto de “estudio demostrativo”; (ii) si solo para la creación propiamente dicha era exigible ese estudio; (iii) si ese estudio se debe hacer una vez se autoriza la creación de la entidad; o (iv) si se entendiera que ese estudio se debe cumplir sea para autorizar la creación de una entidad o para aprobar su creación, carecería de sentido la primera, pues según la Carta el legislador, la asamblea o el conceso pueden crear la empresa directamente.

excepción de las sociedades de economía mixta, cuya constitución puede ser autorizada por la respectiva corporación de elección popular. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito nacional, las asambleas y los concejos solamente pueden autorizar a los gobiernos locales para crear sociedades de economía mixta, y no empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales deben ser creadas directamente por el respectivo órgano de elección popular.

Por tanto y como resultado de esta investigación, en la que se revisó además el contenido explícito de la ley y se realizó una interpretación sistemática junto con la Carta del artículo 69 *ibidem*, la Sala encontró, en primer lugar, que no existe una definición legal o reglamentaria de la expresión “estudio demostrativo”, y que ese, es un documento en el que, como resultado de un adecuado proceso de planeación, se consignan los hechos, datos, argumentos y análisis que permitan demostrar la necesidad o conveniencia de crear o autorizar la creación de una nueva entidad descentralizada. Dicho “estudio” puede estar contenido en un documento separado, que se aporte como anexo a la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, o en la misma exposición de motivos.

Con respecto a las demás inquietudes, el “estudio demostrativo” debe presentarse tanto en el caso de los proyectos de ley, ordenanza o acuerdo que pretendan crear directamente una entidad descentralizada, como en el de aquellos que tengan por objeto autorizar la creación de una entidad de este tipo, según lo dispuesto en la Constitución Política y la ley. En el caso de las entidades cuya creación puede ser autorizada por el Congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales, según el caso, no es necesario presentar posteriormente el mismo “estudio demostrativo”, durante el proceso de creación de la entidad descentralizada.

#### **4.4. Alcance de la función prevista en el numeral 7, artículo 112 del CPACA, en relación con entidades del orden territorial. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Mediación en controversias jurídicas entre entidades del orden nacional y territorial, y entre entidades territoriales.**

En el Concepto 2494 de 2023, la Sala de Consulta y Servicio Civil tuvo que resolver algunas inquietudes del Ministerio del Interior ligadas con la labor de la ANDJE, dado que, distintas normas legales la habilitan para intervenir en la defensa de los “intereses

litigiosos de la Nación”<sup>279</sup> y no estaba claro el alcance de muchas de sus competencias, en relación a las entidades territoriales. De manera tal que se plantearon las siguientes preguntas: (i) ¿”La Agencia puede solicitar concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil, con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente, cuando se trate de controversias jurídicas entre entidades del orden territorial”? (ii) ¿”Cuál es el concepto de interés litigioso de la Nación y si su alcance comprende los intereses litigiosos de las entidades del orden territorial”? (iii) ¿”El concepto de interés litigioso de la Nación incluye el de interés patrimonial del Estado”? (iv) ¿”A la luz de las disposiciones que establecen y reglamentan las funciones y competencias de la Agencia, puede considerarse que está habilitada para defender los intereses litigiosos de entidades territoriales”? (v) ¿”Puede la Agencia mediar en conflictos entre entidades del orden nacional y territorial”? (vi) ¿”Puede la Agencia mediar en conflictos entre entidades del orden territorial”?

Para resolver estas inquietudes, la Sala revisó con detenimiento lo establecido por la Carta y lo dicho por la Corte Constitucional, en lo concerniente a la clarificación de nociones esenciales de Estado, descentralización, entidades territoriales y su autonomía, estructura del Estado, Nación, entidades públicas del orden nacional y entidades del orden territorial, para luego revisar las normas de creación de la ANDJE, el concepto de “interés litigioso de la Nación”, la función de representación y las diferentes competencias de la entidad, así como las atribuciones que la ANDJE tiene en función de la ley, frente a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Se destaca entonces que luego de un análisis sistemático e integral de las disposiciones constitucionales y legales involucradas, la Sala decidió responder a la primera pregunta, en sentido positivo, por cuanto, “[l]a Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede solicitar el concepto previsto en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA con el propósito de defender el patrimonio público radicado en las entidades territoriales, previa autorización de los comités de conciliación de las entidades correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 115, 116 y 117 de la Ley 2220 de 2022”.

---

## 279.

Los cuales se encuentran señalados en el párrafo de dicho artículo, reglamentado por el Decreto 1365 de 2013 en su artículo. Adicionalmente, el artículo 2 del D.L. 4085 dispone que la ANDJE tiene como función la defensa de los intereses litigiosos de la Nación; el artículo 199.5 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 610 del Código General del Proceso establecen que la ANDJE podrá intervenir, en cualquier estado del proceso “en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado”; el párrafo primero del artículo 6 del D.L. 4085 de 2011 dispone que la ANDJE puede ejercer la representación judicial de entidades territoriales mediante la “suscripción de convenios interadministrativos y el correspondiente otorgamiento de poder” y el numeral 7 del artículo 112 del CPACA, reformado por la Ley 2080 de 2021, faculta a la ANDJE para solicitar concepto sobre las controversias jurídicas entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial para precaver un litigio o poner fin a uno existente.

En lo que respecta a la segunda y cuarta pregunta, la Sala sostuvo que el “alcance de la noción “interés litigioso de la Nación” habilita a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para intervenir en procesos administrativos y judiciales en defensa de estos, e incluye a las entidades territoriales cuando el consejo directivo de la Agencia lo determine. Tales intereses litigiosos no se limitan a los indicados en el párrafo del artículo 2 del Decreto Ley 4085 de 2011, por lo que esta norma no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo. En efecto, en el literal e del párrafo citado se faculta al consejo directivo de la Agencia para determinar otros “intereses litigiosos de la Nación dentro de los lineamientos y prioridades señalados por el Gobierno Nacional”, para efectos de su defensa a cargo de esa entidad. Significa entonces que el consejo directivo de la Agencia está facultado para extender la función de defensa de la Agencia para los intereses litigiosos de una entidad territorial, o de organismos del sector central o entidades del sector descentralizado pertenecientes al orden territorial, en la medida en que el Gobierno Nacional lo considere prioritario y ese consejo así lo disponga en armonía con las entidades territoriales, en aplicación de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (artículos 209 y 288 CP)”<sup>280</sup>.

Sobre la tercera pregunta, la Sala señaló que la “noción de “patrimonio público” es más amplia y general que la de “patrimonio del Estado”, de allí que la defensa de aquel sea una de las funciones a cargo de la ANDJE, según lo dispuesto en el artículo 3 de del D.L. 4085 de 2011 y se reitera en artículo 610 del CGP. El deber constitucional de defensa del patrimonio público, que propugna por la protección del patrimonio estatal, concede a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la facultad de intervención prevista en el artículo 610 del CGP para defender los intereses patrimoniales de las entidades territoriales, pues estos por definición están incluidos dentro de la noción de patrimonio público”.

Finalmente, frente a las preguntas 5 y 6 presentadas por el Ministerio, concluyó la Sala que la finalidad de la mediación adelantada por la ANDJE “es la garantía de los derechos de la “Nación y del Estado” y la protección efectiva del patrimonio público, en los términos de los artículos 3 y 6 del D.L. 4085 de 2011”. Por lo tanto, “en la noción de patrimonio público expuesta en este concepto, se incluye el de las entidades territoriales, por lo que una de las maneras de velar por su protección es facilitar la mediación entre estas para solucionar sus conflictos, así como la mediación entre los órganos y entidades del Estado y las entidades territoriales para los mismos efectos”.

---

**280.**

Lo anterior porque a juicio de la Sala, “el concepto “interés litigioso de la Nación” no tiene un alcance restrictivo, ni alude en rigor a su condición de persona jurídica, sino que en determinados procesos la defensa del interés litigioso, a cargo de la Agencia, está radicado en el Estado, otras veces el acto que debe defender ha sido expedido por alguna de las ramas del poder público o de órganos autónomos e independientes en cumplimiento de su función estatal, o incluso dicho interés litigioso puede corresponder a las entidades territoriales o a su órganos pertenecientes al sector central o a las entidades descentralizadas de ese nivel, cuando así lo disponga el consejo directivo de la Agencia”.

## 5.

# Acuerdo de paz, derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, asuntos electorales, asuntos disciplinarios, consulta previa, régimen contractual aplicable a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD).

## 5.1. Acuerdo final para a terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

El Acuerdo Final de Paz firmado por el Gobierno Nacional y las FARC EP, el 24 de noviembre de 2016, ha sido objeto de diferentes consultas ante la Sala, como quiera que se trata de un documento sin precedentes y, por su naturaleza excepcional, su aplicación, bajo el manto de la Constitución y la ley, aún hoy en día, sigue siendo un reto para el Ejecutivo.

Sobre el particular, se destacan los conceptos 2323 y 2360, emitidos en 2016 y 2017, respectivamente.

En el primero de ellos se aborda la refrendación del Acuerdo de Paz. Puntualmente, la inquietud que se presentó giró en torno a si el Congreso de la República podía refrendarlo.

La Sala respondió de manera afirmativa, con base en el mandato representativo y las amplias funciones de control político que le reconoce la Constitución. No obstante, precisó que la refrendación no traía como consecuencia directa la incorporación del Acuerdo Final al Texto Fundamental, ni lo dotaba de efectos de producción de normas en el ordenamiento positivo, pues estas serían el producto específico de su fase de implementación. Además, aclaró que la decisión del Congreso no comprometía su libertad de configuración normativa, en el ejercicio de las competencias constituyentes y legislativas que le son propias.

Entre las consideraciones que sirvieron de fundamento al concepto se puede observar claramente 3 que, sin duda, son primordiales en análisis que hace la Sala. En primer lugar, interpretó que la Constitución no impide acudir a mecanismos de participación democrática para dotar de estabilidad y legitimidad política este tipo de acuerdos. En segundo lugar, recordó que, si bien uno de los principios de la arquitectura constitucional es la separación de poderes, no puede dejarse de lado la colaboración armónica que debe existir entre estos, para el logro de los fines del Estado, que no son otros que los del servicio a la comunidad.

Otro argumento constitucional presente en el concepto es el relacionado con la paz como un derecho, un deber y un fin constitucional de carácter esencial, objetivo que vincula a todos los órganos del Estado y, por ello, exige una actuación concurrente de los mismos, en el marco de sus competencias.

En razón de todo lo anterior, señaló que las medidas dirigidas a la búsqueda de la paz y la superación del conflicto armado tienen un innegable soporte constitucional, respaldado por un entramado jurídico en el derecho internacional.

Así entonces, se reitera que el alcance que tuvo la Constitución y la jurisprudencia constitucional en el concepto es de tal magnitud que condicionó la respuesta emitida.

**Citas:** catorce artículos de la Constitución: 2, 3, 22, 95 (numeral 6), 104, 113, 114, 121, 133, 149, 150, 167, 188 y 189 (numerales 3, 4, 5 y 6); once sentencias de la Corte Constitucional: C-449 de 1992, C-032 de 1993, C-214 de 1993, C-048 de 2001, C-760 de 2001, C-246 de 2004, C-317 de 2003, C-168 de 2012, C-540 de 2012, C-786 de 2012, C-379 de 2016; un auto de la Sala Plena de la Corte Constitucional: A-330 de 2008.

El segundo concepto está relacionado con el procedimiento legislativo especial para la paz *fast track*, en torno a los proyectos de acto legislativo y de ley con posterioridad al vencimiento de la prórroga. Las preguntas que se formularon a la Sala indagaban por el momento en que vencía la prórroga del procedimiento especial para la paz, establecido en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016, y el trámite a impartir a los proyectos de ley o de acto legislativo que al vencimiento de la prórroga habían iniciado su trámite en el Congreso de la República, sin que se hubieran alcanzado a expedir.

La Sala respondió que el “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” concluía el viernes 1 de diciembre de 2017, a la media noche, y al culminar dicho procedimiento desaparecía el mecanismo especial de trámite legislativo, pues cesaba su vigencia transitoria definida *ex ante*. Por lo cual, constitucionalmente, no resultaba posible que los proyectos pendientes de aprobación para esa fecha siguieran su curso bajo dichas reglas especiales, sino con observancia de aquellas del procedimiento legislativo ordinario, con total respeto por las normas constitucionales permanentes y el reglamento del Congreso.

En su estudio la Sala hizo referencia al procedimiento legislativo como concreción del principio democrático en la actividad legislativa y constituyente del Congreso, reglas que se orientan a asegurar la existencia de un debate legislativo y la realización de principios sustantivos, como la adecuada formación de la voluntad legislativa, de manera libre e ilustrada, el respeto por la regla de la mayoría, los derechos de las minorías, la existencia de oportunidades suficientes de deliberación y la publicidad de los asuntos debatidos. Igualmente, puntualizó que el procedimiento especial constituye un instrumento constitucional que pretende solucionar la tensión entre el “principio democrático” en la función de producción normativa del Congreso y la consecución de la paz, en el marco de la transición desde una situación de conflicto armado hacia un estado de normalidad.

La Sala también explicó que el procedimiento referido es excepcional, transitorio y parcial, por lo cual sus disposiciones deben interpretarse y aplicarse necesariamente de forma estricta, rigurosa, sin que tengan cabida, por lo tanto, interpretaciones analógicas o aplicaciones extensivas. Lo cual es especialmente cierto en relación con los límites materiales y temporales a los que debe sujetarse el Congreso para utilizar el procedimiento legislativo especial. Además, mencionó que el Acto Legislativo 01 de 2016 contiene el artículo transitorio que expresamente consagra la prórroga del plazo inicial para la aplicación del procedimiento legislativo especial y la Corte Constitucional, como guardiana de la Carta, es la llamada a interpretarlo.

En este segundo caso, la Sala utilizó la Constitución y la jurisprudencia constitucional como parámetros generales para resolver los interrogantes planteados y, así mismo, hizo referencial precisa a una norma transitoria, pero en todo caso constitucional, para dar respuesta al Gobierno Nacional.

**Citas:** trece artículos de la Constitución: Actos legislativo 01 de 2016 y 02 de 2017, 22, 113, 114, 132, 138, 151, 152, 153, 159, 162, 374; veintitrés sentencias de la Corte constitucional: C-416 de 1992, C-025 de 1993, C-055 de 1995, C-302 de 1999, C-737 de 2001, C-953 de 2001, C-375 de 2002, C-473 de 2004, C-452 de 2006, C-277 de 2007, C-446 de 2009, C-788 de 2011, C-240 de 2012, C-332 de 2012, C-225 de 2014, C-386 de 2014, C-358 de 2016, C-699 de 2016, C-044 de 2017, C-160 de 2017, C-174 de 2017, C-332 de 2017, C-630 de 2017.

## Conclusiones:

(i) La Constitución y la interpretación que de esta hace la Corte Constitucional, en lo que tiene que ver con el Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC EP, constituyen los pilares jurídicos para su implementación y cabal cumplimiento; (ii) En consecuencia, las consultas elevadas a la Sala por el Gobierno Nacional en torno al acuerdo señalado fueron respondidas con base en la Constitución y la jurisprudencia sobre la materia. El margen de interpretación de la Sala fue estrecho y, totalmente, apegado a los mandatos superiores, lo cual se explica por la complejidad que reviste un tema como el de la paz y la puesta en marcha de un acuerdo único en su género en nuestro país.

## 5.2. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes

La nacionalidad, como un derecho fundamental de los menores de edad, junto con su nombre y registro civil, hace parte de su identidad y posibilita el acceso a otros derechos, tales como la salud, la educación, la recreación, entre otros. Sin embargo, presenta algunos retos asociados a los nuevos fenómenos migratorios que se presentan en la región. Por tal razón, ha sido un tema recurrente en las consultas que el Gobierno Nacional ha elevado ante la Sala.

Al efecto, se presenta el concepto 1653 de 2005, el cual pone en evidencia la problemática ante señalada.

En este concepto se examinó la nacionalidad frente a los extranjeros con visa temporal o en situación irregular y los hijos nacidos en territorio colombiano. Las preguntas elevadas a la Sala se enfocaron en establecer si: los extranjeros que se encuentran en territorio nacional violando el régimen migratorio, se deben considerar domiciliados en Colombia; pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento los hijos de parejas extranjeras nacidos en Colombia que violan el régimen migratorio, esto es, sin haber obtenido ningún tipo de visa y al que otro Estado les reconoce la nacionalidad; los extranjeros que se encuentran en territorio colombiano con visa temporal se encuentran domiciliados en Colombia a pesar de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 4000 del 2004; pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento los hijos de una pareja extranjera nacidos en Colombia al que el Estado de origen de los padres les reconoce la nacionalidad por sangre y cuyos padres se encuentran en territorio nacional con una visa temporal; la presentación de una declaración extrajuicio ante un notario público o ante el alcalde de la municipalidad donde reside un extranjero con permanencia irregular en Colombia, puede considerarse como prueba de su domicilio; salvo lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica, en ese sentido, ¿es obligación expedir pasaporte colombiano a los hijos (nacidos en Colombia) de parejas extranjeras que se encuentran en situación irregular, cuando el Estado de origen de los padres les reconoce la nacionalidad a esos menores de edad?; y si por haber tenido un hijo en Colombia, se debe expedir visa a la pareja de extranjeros que se encuentra en situación irregular, es decir, violando el régimen migratorio.

Al efecto, la Sala respondió de forma negativa a todas las preguntas, pues según indicó, los extranjeros tienen el deber de someterse al derecho interno para ingresar y permanecer en el territorio colombiano, de manera que, a pesar de habitar en Colombia de forma estable, pero sin visa de residente, no pueden considerarse domiciliados, pues el domicilio como concepto jurídico supone el ingreso legal al país. En el entendido de que con la expresión “parejas extranjeras”, el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba refiriéndose al padre y a la madre del niño nacido en Colombia, y a

que ambos son extranjeros y están en situación irregular, la Sala precisó que el niño no puede considerarse colombiano por nacimiento, pues de ninguno de sus padres puede predicarse la condición constitucional de estar domiciliado en el país. Además, en el supuesto de que otro Estado le reconozca al niño la nacionalidad, es claro que la situación irregular de sus padres en Colombia no afecta su derecho a tener esa otra nacionalidad.

También dejó sentado que, de acuerdo con la definición de domicilio del Código Civil, que el mismo Decreto 4000 de 2004 recoge y adopta para el régimen migratorio, son titulares de visa temporal los extranjeros que entran al país por diversas razones, todas las cuales coinciden en la ausencia del ánimo de permanecer en el país. La solicitud y consecuente expedición de visa temporal excluye el ánimo de permanecer en el país y, por tanto, no es configurativa del domicilio exigido constitucionalmente como condición para que el hijo sea reconocido como nacional colombiano por nacimiento. Así mismo, la manifestación de la voluntad del extranjero de querer permanecer en Colombia, debe hacerla ante las autoridades migratorias a efecto de que le concedan la visa de residente, por lo que esta se constituye en la única prueba del domicilio para los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional.

Finalmente, indicó que el pasaporte es un documento de identidad de los colombianos en el exterior y el niño nacido de padres extranjeros en situación irregular no es nacional colombiano, con la salvedad anotada en la respuesta a la segunda pregunta. Y el nacimiento de un hijo no transforma per se la situación irregular de los extranjeros.

Dentro del estudio que adelantó la Sala hizo alusión a diferentes instrumentos internacionales, como la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, incorporada al derecho interno en virtud de su aprobación por la Ley 146 de 1994, a la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, aprobada por Colombia a través de la Ley 16 de 1972, y a la “Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobada mediante la Ley 12 de 1991. De la misma manera, trajo a colación, por una parte, la regla general de igualdad entre nacionales y extranjeros en materia de derechos civiles, que consagra la Constitución, sin dejar de lado la sujeción de los extranjeros a la ley colombiana; y, por otra, al derecho fundamental de los niños a tener una nacionalidad.

Según lo expuesto, el concepto se apejó a los contenidos de las normas superiores, incluidos los tratados internacionales, por vía del denominado bloque de constitucionalidad. No obstante, tal referencia se advierte más retórica, pues en la respuesta dada por la Sala parece haber primado el sistema legal, dada la aplicación del Código Civil y el Decreto 4000 de 2004.

**Citas:** nueve artículos de la Constitución: Acto Legislativo 01 de 2002, 4, 13, 40, 44, 96, 98, 100, 101; nueve sentencias de la Corte Constitucional: T-215 de 1996, C-191 de 1998, C-379 de 1998, T-1157 de 2000, T-1736 de 2000, T-283 de 2001, T-1259 de 2001, C-395 de 2002, T-680 de 2002

## Conclusión:

En asuntos de nacionalidad frente a niños, niñas y adolescentes, pese a la protección reforzada que consagra para ellos la Constitución y las herramientas jurídicas internacionales de igual categoría, la Sala pareciera inclinarse por respuestas más estrechas, con base en las normas que regulan internamente el tema.

### 5.3. Asuntos electorales

Los conceptos de la Sala en asuntos electorales han abordado temas tan diversos como la distribución de funciones entre el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil; la participación de las minorías en las mesas directivas de Senado y Cámara; el nepotismo; la participación de las mujeres en los niveles decisorios; los efectos de la renuncia de un congresista a un partido político por el cual fue elegido; la equidad de género, entre otros.

Entre esos conceptos se destaca, por su referencia a la Constitución y la jurisprudencia en la materia, el 2064 de 2011. En este se estudiaron los efectos de la ley en el tiempo, su aplicación a los procesos electorales en curso, la equidad de género y la doble militancia.

Los interrogantes formulados a la Sala pretenden establecer si: Las listas de candidatos que a la fecha de entrada en vigencia de la ley por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales, que se encuentran inscritas y que no cumplen la proporción de género prevista en el artículo 28 de dicha ley, deben ser reformadas o se rigen por la Ley 130 de 1994; a partir de la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de Partidos Movimientos Políticos, ¿cuál es el periodo de inscripción de candidaturas para los grupos significativos de ciudadanos? En el evento en que el candidato por firmas ya se hubiera inscrito al momento de entrar en vigencia la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos con fundamento en el artículo 9 de la Ley 130 de 1994, ¿los plazos y procedimientos previstos en el artículo 28 de la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos tendrían algún efecto? Los candidatos que se pretendan inscribir por firmas y hayan iniciado el proceso de recolección de firmas con anterioridad a la inscripción del grupo promotor, podrán acreditar estos apoyos para su inscripción, una vez que entre en vigencia la nueva ley de partidos y movimientos; la ley Estatutaria creó una nueva calidad para los candidatos que hayan sido directivos de partidos y movimientos políticos y que aspiren a ser elegidos por otro partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos deben renunciar al cargo 12 meses antes de postularse. Y sanciona el incumplimiento de esta condición con la revocatoria de la inscripción. ¿Cómo se contabilizan los 12 meses? Y teniendo en cuenta que la nueva ley estatutaria variará las reglas en el desarrollo del calendario electoral en curso para las elecciones que se llevarían a cabo el 30 de octubre de 2011 y que definían como fecha límite

de vencimiento de inscripción de candidaturas el 30 de julio, en aras de preservar el derecho a elegir y ser elegido, podría el Gobierno Nacional abrir un nuevo periodo de inscripción de candidaturas.

La Sala respondió que las listas que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 1475 de 2011, “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, se encontraran inscritas y no cumplieran la proporción de género prevista en el artículo 28 de dicha ley, debían ser modificadas para cumplir con el principio de equidad de género, vigente desde el Acto Legislativo 01 de 2009. Frente a la inscripción de candidaturas a las elecciones locales del 30 de octubre de 2011 por los grupos significativos de ciudadanos, precisó que continuaría rigiéndose por la Ley 130 de 1994, en virtud de su ultraactividad, conforme al artículo 40 de la ley 153 de 1887. En consecuencia, la inscripción de candidaturas podría hacerse hasta el 10 de agosto de 2011. No consideró necesario repetir o cambiar la inscripción de candidaturas realizadas antes de la vigencia de la ley 1475 de 2011; e indicó que quienes se encontraban en proceso de recolección de firmas continuarían el procedimiento de acuerdo con la Ley 130 de 1994.

Por último, sobre la prohibición de la doble militancia para los directivos de los partidos y movimientos políticos, señaló que entró a regir el 14 de julio de 2011 y se aplica a quienes, ese día, y de allí en adelante, tuvieren la condición de directivos de dichas organizaciones políticas. Y, en virtud del artículo 2 de la Ley 163 de 1994, que se aplica ultraactivamente, la fecha límite para la inscripción de candidaturas para las elecciones locales del 30 de octubre de 2011 vencía el 10 de agosto de ese mismo año.

Para resolver las inquietudes elevadas por el Gobierno Nacional, la Sala tomó en cuenta las reglas generales sobre el tránsito de legislación y reiteró que las materias que constituyen regulación de los procesos electorales están sometidas a reserva de ley estatutaria, no solo en lo que tiene que ver con aspectos de contenido sustancial, sino también en lo relacionado con los parámetros y presupuestos permanentes para el ejercicio adecuado del derecho de participación de los ciudadanos.

En cuanto la aplicación del criterio de equidad e igualdad de género, sostuvo que se trata de un mandato constitucional, pues es una medida de acción afirmativa en procura de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en el ámbito específico de la participación política, cuyo marco también está dado por el principio democrático.

Al final se refirió a la doble militancia, para asegurar que se trata de una restricción que responde a preceptos constitucionales, cuya finalidad es fortalecer el papel democrático de las agrupaciones políticas y eliminar o minimizar las consecuencias perversas de aquellas malas prácticas que han incidido negativamente en la legitimidad de las instituciones y el ejercicio transparente y leal de los derechos políticos.

Entonces, la Sala revistió su respuesta de un carácter constitucional, desde el marco general de la misma, pero fueron las normas legales, como las leyes 153 de 1987, 130 y 163 de 1994 y 1475 de 2011, las que le dieron sustento al concepto emitido.

**Citas:** ocho artículos de la Constitución: Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, 13, 29, 40, 43, 58, 107; siete sentencias de la Corte Constitucional: C-089 de 1994, C-145 de 1994, C-354 de 1994, C-371 de 2000, C-955 de 2001, C-490 de 2011, C-619 de 2012.

## Conclusión:

En asuntos electorales como los relacionados, el alcance de las normas constitucionales y de la jurisprudencia sobre la materia, en los conceptos que ha emitido la Sala, es restringido, pues, aunque se usan como el origen del que se desprende el ordenamiento jurídico, es con base en este último que se decide. Es decir, se advierte la necesidad de que esos presupuestos superiores estén positivizados en leyes para que cobren efectividad.

## 5.4. Asuntos disciplinarios

En la materia hay una variedad de temas que se han analizado en los conceptos de la Sala. Algunos ejemplos son la autonomía administrativa y presupuestal de las contralorías departamentales y municipales respecto de su personal; el cumplimiento de las decisiones de la Procuraduría General de la Nación frente a suspensiones y destituciones; la reglamentación de algunos aspectos del anterior Código Disciplinario Único, así como su aplicación a miembros de la Fuerza Pública y a servidores de instituciones públicas de educación superior, su alcance frente a regímenes disciplinarios previstos en convenciones colectivas, régimen disciplinario aplicable a los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, ámbito de competencia de la Comisión Legal de Ética y Estatuto del Congresista, suspensión de concejales y principio de favorabilidad en sanciones administrativas, entre otros.

Sobre el último tema enunciado, el concepto 1454 de 2002 se encargó del estudio puntual del principio de favorabilidad en el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones administrativas al sector transporte.

Los interrogantes presentados por el Gobierno Nacional a la Sala se concentraron en si se podía aplicar el principio de favorabilidad de que trata el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en sanciones de carácter administrativo; si es aplicable de oficio o requiere de petición de parte; cuál es el procedimiento a seguir para aplicarlo en los procesos sancionatorios de carácter administrativo, adelantados por hechos sucedidos en vigencia de los decretos derogados 1554 y 1557 de 1998, cuyos actos de apertura de investigación y formulación de cargos se profirieron durante la vigencia de los mismos y que en ese momento se encontraban pendientes de decidir o para resolver recursos de la vía gubernativa; cuál sería el procedimiento a seguir para aplicar dicho principio en el caso en que los hechos hayan ocurrido durante la vigencia de las normas derogadas, pero los actos de apertura de investigación y formulación de cargos se profirieron durante la vigencia del decreto 176 de 2001 y a pesar de ello las conductas se enmarcaron dentro de los esquemas típicos de alguna de las normas derogadas, procesos que en ese momento se hallaban pendientes de decisión o para resolver recursos de la vía gubernativa; la aplicación del principio de favorabilidad en procesos con decisión sancionatoria ejecutoriada, cuya multa no ha sido pagada, en el evento de haberse proferido resolución de apertura de investigación con fundamento en los

Decretos 1554 y 1557 de 1998 en fecha posterior a su derogatoria, qué mecanismo jurídico podía utilizar la administración para enderezar la actuación con un vicio aparente que invalidaría la decisión y en caso que deba revocarse lo actuado, si podía iniciarse nuevamente la actuación administrativa, es decir, decretarse una nueva apertura de investigación, con base en una orden de comparendo emitida por la Policía de Carreteras por infracción a las normas de transporte.

La Sala enfocó su respuesta en el artículo 29 de la Constitución Nacional, que indicó debe aplicarse, como regla general, en los procesos disciplinarios y administrativos adelantados por las autoridades administrativas, salvo en aquellas materias que por su especial naturaleza no resulten compatibles con él, como es el caso, por ejemplo, de las disposiciones en que se decide sobre sanciones a imponerse por violación de normas sobre política económica. El principio de favorabilidad, cuando es aplicable en materia sancionatoria administrativa, constituye un imperativo constitucional y, por ende, bien puede ser aplicado a solicitud de parte, o de oficio por la autoridad juzgadora competente.

Subrayó que no es necesario realizar ningún procedimiento excepcional, adicional o rehacer el proceso adelantado, dentro de los procesos que por conductas realizadas durante la vigencia de los decretos 1554 y 1557 de 1998 se hubieren iniciado con invocación de las disposiciones de tales decretos, y que en ese momento se encontraban pendientes de decisión o para resolver algún recurso. Basta en ellos citar la existencia de nuevas disposiciones sancionatorias que resultan más favorables a los inculpados y darles aplicación en la decisión administrativa correspondiente.

Del mismo modo, debe actuarse cuando se juzgue la conducta de un eventual infractor de las normas sobre transporte, por hechos ocurridos durante la vigencia de los Decretos 1554 y 1557, aunque se haya dictado auto de apertura durante la vigencia del Decreto 176 de 2001, o cuando se juzgue una falta cometida después de la vigencia del Decreto 176 de 2001, pero por error se hubieren invocado las normas de los Decretos 1554 y 1557 de 1998, a condición de que la conducta por la cual se juzga esté adecuadamente descrita.

Finalmente, determinó que el principio de favorabilidad en los procesos administrativos sancionatorios en los cuales es aplicable, al igual que en materia penal estrictamente, conlleva la disminución de la pena o sanción para quienes habiendo sido juzgados bajo la vigencia de las normas anteriores (cosa decidida administrativa) no hayan cumplido la correspondiente sanción cuando ocurra el cambio de legislación y esta les sea más favorable. Por ende, deberá dictarse una nueva providencia en la cual se ajuste la sanción a las normas más favorables de la nueva normatividad.

En virtud de lo expuesto, se tiene que la Sala usó el fundamento constitucional consagrado en el artículo 29 para sentar su posición de cara a la naturaleza, alcance y aplicación del principio de favorabilidad, aunque también hizo referencia expresa a los Decretos 1454 y 1557 de 1998 y 176 de 2001.

**Citas:** nueve artículos de la Corte constitucional: Acto Legislativo 01 de 1936, 4, 29, 95, 150, 189, 333, 334, 365; veintiocho sentencias de la Constitución: T-011 de 1992, C-599 de 1992, T-145 de 1993, C-309 de 1993, C-417 de 1993, C-214 de 1994, T-438 de 1994, T-438 de 1994, T-716 de 1994, T-030 de 1995, T-233 de 1995, C-259 de 1995, T-467 de 1995, C-244 de

1996, C-280 de 1996, C-386 de 1996, C-597 de 1996, C-690 de 1996, C-490 de 1997, C-211 de 2000, C-564 de 2000, C-1161 de 2000, C-404 de 2001, C-619 de 2001, C-740 de 2001, C-780 de 2001, C-921 de 2001, C-922 de 2001

## **Conclusión:**

En el concepto que se relacionó la Constitución fue la fuente principal que utilizó la Sala para absolver las preguntas elevadas por el Gobierno Nacional y la ley un criterio auxiliar y complementario.

## **5.5. Espacio nacional de consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance**

La Sala de Consulta y Servicio Civil estudió la autoridad u órgano competente para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de los delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el procedimiento y el marco normativo de la consulta previa y los estándares que la rigen, en el concepto 2504 del 16 de mayo de 2023.

Al efecto, el Ministerio del Interior presentó 4 inquietudes: ¿puede el propio Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) resolver impugnaciones a las elecciones de delegados para el nuevo periodo? Si lo anterior fuera afirmativo, ¿es posible que mediante la conformación de una comisión accidental del Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) se resuelvan las impugnaciones a las elecciones de delegados ante el Espacio? ¿Cuál debe ser el número de delegados ante esta comisión accidental y cuál el procedimiento para su conformación? Si la respuesta a la primera pregunta fuera negativa, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para culminar en debida forma el proceso de elección de delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa y poder resolver las impugnaciones e inconformidades referidas? Y, en cualquier caso, ¿cuál debe ser el procedimiento y la autoridad competente para resolver las impugnaciones e inconformidades presentadas contra las elecciones de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa para el periodo 2023-2027?

La Sala precisó que el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, en pleno, por ser el órgano representativo de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras sería el llamado a resolver las impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de

elección de los nuevos dignatarios. No obstante, operativamente, podría apoyarse en comisiones o grupos de trabajo, según lo determine, en ejercicio de su autonomía. También conceptuó que el procedimiento que debía aplicarse es el establecido para el derecho de petición.

Sobre el derecho a la consulta previa, la Sala hizo referencia a la jurisprudencia constitucional, para reiterar que es un desarrollo del derecho de participación, que se encuentra íntimamente ligado al carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano y al cumplimiento de uno de los fines del Estado consistente en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación.

En ese mismo sentido, señaló que la consulta previa es un derecho fundamental que tiene su respaldo, en el marco internacional, en los Convenios 107 de 1957 y 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007. Y, en el orden nacional, en la misma Constitución, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación, y, en consecuencia, sus derechos a la autonomía, la autodeterminación y la participación democrática, entre otros. Adicionalmente, refirió que, existe un marco jurídico legal y administrativo que regula este mecanismo, como una expresión de la democracia participativa propia del Estado social de derecho.

Finalmente, en línea con lo anterior, la Sala manifestó que el derecho de petición es el medio para garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales, como es el caso del derecho a elegir y ser elegido, que son propios de una democracia participativa.

Esto al no existir un procedimiento para atender los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se presenten en el proceso de elección de delegados de

Es esta oportunidad, la Sala fundamentó su respuesta en la Constitución, para lo cual destacó la interpretación que, sobre los derechos fundamentales a la participación, a la consulta previa y de petición, ha realizado en distintas oportunidades el Alto Tribunal.

**Citas:** once artículos de la Constitución: 9, 23, 55, 74, 93, 94, 171, 176, 330, 346, artículo 6 del Acto legislativo 02 de 2015; cincuenta y tres sentencias de la Corte Constitucional: T-012 de 1992, T-405 de 1993, T-349 de 1996, SU-039 de 1997, C-169 de 2001, C-891 de 2002, SU-383 de 2003, T-704 de 2006, T-998 de 2006, C-208 de 2007, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009, T-769 de 2009, T-0903 de 2009, T-973 de 2009, T-547 de 2010, C-702 de 2010, T-129 de 2011, T-689 de 2011, T-693 de 2011, C-748 de 2011, C-818 de 2011, T-376 de 2012, T-514 de 2012, C-715 de 2012, C-068 de 2013, T-167 de 2013, T-172 de 2013, C-909 de 2013, C-463 de 2014, T-576 de 2014, C-951 de 2014, T-973 de 2014, T-256 de 2015, T-354 de 2015, T-550 de 2015, T-660 de 2015, T-661 de 2015, T-005 de 2016, T-197 de 2016, T-313 de 2016, T-660 de 2016, SU 217 de 2017, T-236 de 2017, SU-123 de 2018, T-357 de 2018, T-063 de 2019, T-058 de 2021, T-072 de 2021, T-154 de 2021, T-221 de 2021.

## Conclusión:

La consulta previa, como expresión del derecho a la participación de las comunidades étnicamente diferenciadas en Colombia, ha sido desarrollada con amplitud en la jurisprudencia constitucional, erigiéndose como un derecho fundamental, a partir de lo señalado en los instrumentos internacionales y en los principios consagrados en la Constitución. Con ese entendimiento, la Sala hizo un análisis desde el prisma constitucional, para encontrar una solución a la problemática planteada.

## 5.6. Régimen contractual de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas

El Gobierno Nacional, por conducto del ministro de Justicia y del Derecho, solicitó a la Sala absolver una consulta sobre el alcance del inciso 3 del artículo 1 del Decreto Ley 598 de 2017, en cuanto al régimen contractual aplicable a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD), lo cual se materializó en el concepto 2488 del 12 de diciembre de 2022.

Las preguntas formuladas a la Sala giraron en torno al régimen contractual aplicable a la UBPD, en general; la viabilidad de reglamentar la gestión contractual para la realización de todos los actos y contratos, aplicando los principios de la función pública administrativa, bajo un régimen especial; y el procedimiento a adoptar por parte de dicha unidad para aplicar un régimen excepcional de contratación.

En ese sentido, la Sala respondió que la norma señalada tiene como propósito reafirmar que la unidad puede realizar todos los actos, contratos o convenios necesarios para el desarrollo de sus funciones y precisar que dichos actos, contratos y convenios deben estar acorde con las facultades y atribuciones que la ley y el reglamento le asigne a la UBPD para cumplir sus funciones constitucionales y legales. Además, refirió que, en virtud de las normas constitucionales y legales de creación y reglamentación, la gestión contractual de la UBPD no está sometida a un régimen especial (salvo que así lo disponga el Legislador en el futuro), por lo cual debe aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En las consideraciones, la Sala tuvo en cuenta que la Constitución creó la UBPD como una entidad que cumple funciones de carácter humanitario y extrajudicial, para dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y el Acto Legislativo 01 de 2017 atribuyó a la ley la función de reglamentar su naturaleza jurídica, mandato, funciones, composición, y funcionamiento, incluyendo los mecanismos de rendición de cuentas sobre su gestión, siempre que ellos no menoscaben su autonomía.

Entonces, en desarrollo del Acuerdo Final, y en ejercicio de las facultades constitucionales conferidas en el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017, se expidió el Decreto 589 de 2017, “Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”, que en cuanto a un régimen especial, solo lo prevé en materia de administración de personal.

**Citas:** nueve artículos de la Constitución: 74, 150, 189, 209, 267, 333, 335, Acto Legislativo 01 de 2017, artículos 1 y 3; cuatro sentencias de la Corte Constitucional: C-230 de 1995, C-629 de 2003, C-017 de 2018, C-607 de 2018.

## **Conclusión:**

El principal argumento que tuvo como base el pronunciamiento de la Sala en este tema fue lo establecido por el Acto Legislativo 01 de 2017, que incorporó constitucionalmente los acuerdos para la paz y puso en marcha su implementación, y el Decreto 589 de 2017, normas constitucionales y legales de creación y reglamentación de la gestión contractual de la UBPD.

## 6.

# Servicios públicos

La Constitución Política ha sido frecuentemente el punto de partida en el análisis realizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia de servicios públicos<sup>281</sup>. Del Texto Superior, este cuerpo colegiado ha resaltado que estos son inherentes a la finalidad social del Estado<sup>282</sup>, considerando que la “subsistencia digna de las personas”<sup>283</sup> tiene como presupuesto “indispensable” que se satisfagan garantías esenciales y necesidades básicas de la población<sup>284</sup>.

A continuación, se hará referencia a las consideraciones centrales que ha construido este cuerpo colegiado, en armonía con la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional, relacionadas con el régimen jurídico de los servicios públicos.

En los conceptos, la Sala ha explicado desde la transición que implicó la Constitución Política de 1991 para el marco normativo preexistente en materia de servicios públicos, precisando que las disposiciones legales previas “conservan su vigencia en la actualidad en cuanto no sean contrarias a la Carta que hoy, nos rige”<sup>285</sup>; los parámetros y plazos dispuestos para emitir las nuevas disposiciones sobre la materia exigidas por el Texto Superior<sup>286</sup>; y, en varias oportunidades, la interpretación y aplicación correcta de este cuerpo normativo, ya sea como un referente elemental en el estudio<sup>287</sup> o porque la Carta<sup>288</sup> o la jurisprudencia constitucional<sup>289</sup> estuviesen insertas en la respuesta de manera directa.

**281.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1388 del 03 de diciembre de 2001, 1409 del 11 de abril de 2002; 2279 del 26 de octubre de 2016.

**282.**

Constitución Política de Colombia, artículo 365.

**283.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2279 del 26 de octubre de 2016.

**284.**

Cita en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2279 del 26 de octubre de 2016 de la Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

**285.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 557 del 7 de diciembre de 1993. Ver también: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1407 del 23 de mayo 2002.

**286.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 523 del 17 de junio y 568 del 15 de diciembre, ambos de 1993. Ver también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 807 del 15 de abril de 1996.

**287.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1388 del 3 de diciembre de 2001, 2279 del 26 de octubre de 2016.

**288.**

Ver, entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 499 del 26 de marzo de 1993, 522 del 23 de julio de 1993, 1005 del 10 de octubre de 1997, 1735 del 7 de septiembre de 2006, 1407 del 23 de mayo de 2002 y 2473 del 16 de febrero de 2022.

**289.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1409 del 11 de abril de 2002 y 2477 del 14 de junio de 2022.

La incidencia constitucional sobre los conceptos de la Sala se comprende, en buena medida, por la incorporación de varias reglas de derecho directas en la Carta Política que regulan a los servicios públicos y orientan su desarrollo normativo. De ahí que este cuerpo colegiado ha explicado que “[e]n el derecho constitucional moderno, la Constitución Política es no solo un conjunto de principios, valores y derechos, sino que además de manera directa asume en ciertos casos el papel de norma reguladora de conductas, lo que explica en lógica jurídica, que se le identifique como “norma de normas”<sup>290</sup>, rasgo por antonomasia propio de la constitucionalización.

De los conceptos emitidos por la Sala<sup>291</sup> y el marco jurídico superior, puede colegirse que, la prestación eficiente de los servicios públicos y la solución de necesidades básicas (artículos 1, 2, 49, 67, 68, 79, 80, 334, 365, 366, 367, 368 y 370 CP), implica promover el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida y, un objetivo fundamental, la “solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable” (artículos 334 y 366 CP). Así se promueve la distribución equitativa de oportunidades y beneficios que resultan positivos para todos, incluso para el medio ambiente (artículos 79, 80, 334 y 366, entre otros CP). En contraste, las faltas o fallas en la prestación pueden lesionar a la sociedad en su integridad y afectar potencialmente a los más vulnerables.

En lectura de la Constitución, este cuerpo colegiado ha evidenciado que el Estado se erige como garante y ente de control en materia de servicios públicos<sup>292</sup> (artículo 365 CP), en esa línea, citando la jurisprudencia constitucional, Sentencia T-570 de 1992, ha resaltado, como un rasgo del Estado “moderno”, que este asegure el acceso a los mismos y que, de conformidad con la Sentencia T-064 de 1994, debe suplir las “necesidades básicas insatisfechas y [...] garantizar condiciones mínimas de existencia, acordes con las exigencias de la dignidad humana”<sup>293</sup>. En esa medida, la Sala ha concluido “con la Corte Constitucional” que “se destaca la noción de servicio público, en tanto medio que permite concretar las posibilidades del Estado Social de Derecho”<sup>294</sup>.

Para cumplir con estos propósitos superiores, la Sala ha considerado que la prestación eficaz, eficiente, regular y permanente de los servicios públicos es una “responsabilidad constitucional” a cargo del Estado<sup>295</sup> (artículos 365 y 367 Constitución Política) y, para cumplirla,

**290.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1735 del 7 de septiembre de 2006.

**291.**

Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1005 del 1º de octubre de 1997, 1409 del 11 de abril de 2002, 2236 del 22 de febrero de 2016 y 2279 del 26 de octubre de 2016.

**292.**

Ver, entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 798 del 29 de abril de 1996, 1388 del 3 de diciembre de 2001 y 2279 del 26 de octubre de 2016.

**293.**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

**294.**

Cita de la Sentencia de la Corte Constitucional T-064 de 1994 en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

**295.**

Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002. Ver también Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1005 del 1º de octubre de 1997.

puede hacerlo de manera directa<sup>296</sup> o mediante particulares o comunidades organizadas<sup>297</sup>. Con esta regla de derecho prevista en la Carta, se desmonopoliza la prestación, permitiendo la libre iniciativa y la competencia, pero se conserva “las funciones de regulación, control y vigilancia” (artículos 334, y 365 de la Constitución Política)<sup>298</sup>. Puntualmente, el Presidente de la República ejerce el control, la inspección y vigilancia de las entidades prestadoras, mediante la Superintendencia de Servicios Públicos, “única superintendencia que está prevista en la Constitución de forma específica”<sup>299</sup> (artículo 370 de la Constitución Política).

En este sentido, ha indicado la Sala:

**a fin de mantener el equilibrio entre las prioridades básicas del Estado social y la libertad empresarial, sólidos principios sobre los cuales hoy descansa la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el estatuto de los servicios públicos domiciliarios adoptó en esta materia la noción de subsidiaridad, esto es, que otorgó, en primera instancia, la competencia a la iniciativa particular para acometer las empresas o actividades económicas y sólo serán competencia del Estado cuando los particulares no las asuman<sup>300</sup>.**

En este escenario, el Estado debe intervenir para racionalizar la economía, dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y considerando que el gasto público social tiene “prioridad sobre cualquier otra asignación” (artículos 334 y 366 de la Constitución Política). Esta intervención debe realizarse “en los términos de la Carta Política, con el fin de morigerar los efectos nocivos que, sobre las prioridades sociales del Estado, pudieran tener los móviles económicos que gobiernan los mercados libres”<sup>301</sup>. En este sentido, en armonía con el Texto Superior se promueve el principio de solidaridad y su aplicación particular al régimen tarifario y de subsidios<sup>302</sup>.

296.

Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

297.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 499 del 26 de marzo de 1993. Ver también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2477 del 14 de junio de 2022.

298.

Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, Citada en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2279 del 26 de octubre de 2016.

299.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2279 del 26 de octubre de 2016.

300.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

301.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

302.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

Así, por ejemplo, para este cuerpo colegiado, una concesión destinada a prestar un servicio público a cargo del Estado es una de las formas de intervención del Estado en la economía (artículo 334 de la Constitución Política) y supone la aplicación del principio de colaboración interinstitucional y armónica “como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado”<sup>303</sup>. Igualmente ha estudiado otra modalidad de contratos en la materia, relacionados particularmente con las garantías de continuidad y disponibilidad de los servicios públicos<sup>304</sup>.

En el estudio realizado sobre la concesión, además de citar el precedente contencioso administrativo, se puso de presente que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-250 de 1996, señaló al respecto que “en dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público [...]. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública)”.

En relación con los contratos celebrados mediante invitación pública, para la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos, regulados en el artículo 87, parágrafo 1 de la Ley 142 de 1994<sup>305</sup>, la Sala puso de presente la regulación directa de los servicios públicos en el texto superior, mediante el Título XII, Capítulo V, y, a renglón seguido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, su coincidencia con la del Consejo de Estado, sumado al reconocimiento pleno de la supremacía constitucional. Puntualmente, se indicó que “la interpretación de cualquier disposición que forme parte del régimen legal de los servicios públicos debe hacerse, en primer lugar, conforme a las disposiciones constitucionales que regulan dichos servicios”.

303.

Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 16 de febrero de 2022.

304.

Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2279 del 26 de octubre de 2016

305.

La norma analizada dispone: “Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga”.

Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2279 del 26 de octubre de 2016.

En esa línea, señaló que incluir las tarifas como elemento para la adjudicación de los contratos<sup>306</sup> de que trata la norma y la incorporación en estos de las fórmulas tarifarias, es una decisión que debe corresponder a los fines perseguidos: “(i) “por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental (sic)... se pueda extender a las personas de menores ingresos”, en el caso de los contratos previstos en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, o (ii) para “asegurar la **continuidad** en la prestación del servicio”, en el caso de los contratos regulados en el artículo 61 *ejusdem*” [énfasis añadido]. Sin embargo:

**[S]i la determinación de la tarifa como elemento para la adjudicación de esta clase de contratos, y la estipulación de una fórmula tarifaria especial (distinta de la señalada de manera general por la comisión de regulación) en los contratos, no inciden clara y positivamente en el logro de los objetivos señalados, según corresponda, tales elementos no deberían utilizarse en el proceso de selección ni en el contrato.**

Así entonces, es posible evidenciar que, la Sala ha evidenciado del Texto Superior parámetros esenciales en materia de servicios públicos, incluyendo a los servicios públicos domiciliarios (Título XII, Capítulos 1 y 5 CP)<sup>307</sup>. Sin embargo, también ha resaltado que, el constituyente derivó en el Legislador la definición del “régimen jurídico”<sup>308</sup> y el régimen tarifario que debe establecerse (artículos 150.23, 365 y 367 CP).

A la vez, ha estudiado que, la potestad reglamentaria que le asiste al Gobierno Nacional, debe estar sujeta a lo dicho en la Constitución Política y la ley<sup>309</sup> (artículo 189.11 CP) y “distinguirse de la facultad que pueden tener los Ministros para regular aspectos de carácter operativo o técnico”<sup>310</sup>.

306.

La Sala explicó que estos 2 casos son excepciones a la regla general, de conformidad con la cual las autoridades “no pueden condicionar la prestación de un servicio público domiciliario en determinada parte del país o en todo el territorio nacional a la previa suscripción de un contrato con la respectiva entidad pública. En esa medida, las salvedades que consagra la Ley 142 deben interpretarse restrictivamente, por constituir excepciones al principio general de “libertad de entrada”. Según la interpretación que la Sala ha hecho del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, en cuanto a los contratos a los cuales se refiere, dicha norma sería aplicable en 2 tipos de contratos, previstos en los artículos 40 y 61 de la Ley 142 de 1994.

307.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

309.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

308.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

310.

Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1735 del 7 de septiembre de 2006.

En cuanto a las Comisiones de Regulación<sup>311</sup>, la Sala ha citado *in extenso* la Sentencia C-1162 de 2000, en la cual la Corte Constitucional señala que, si bien estas autoridades pueden tener competencias especiales por disposición constitucional o legal, su función ordinaria no es legislar ni reglamentar, estas deben ser ejercidas con sujeción a la ley y el reglamento, en armonía con las directrices del Gobierno. En este sentido, la “regulación” a cargo de las comisiones “es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y **sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias**”<sup>312</sup>. [Resaltado propio]

Uno de los parámetros constitucionales más importantes citados por la Sala, cuya materialización exige aunar esfuerzos por parte de todas las autoridades antes referidas es el principio de solidaridad, el cual, en concepto de este cuerpo colegiado<sup>313</sup>, constituye un elemento fundante del Estado social de derecho (artículos 1, 2 y 49 de la Constitución Política), de ahí que guía la organización, dirección y reglamentación sobre la materia. Por expresa disposición superior, en el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios debe tenerse en cuenta “además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos” (artículo 367 de la Constitución Política).

En el estudio del concepto, alcance y finalidad de este principio, la Sala ha citado<sup>314</sup> la Sentencia C-580 de 1992, de conformidad con la cual “al establecer la norma que los servicios públicos se prestarán “en beneficio de la comunidad”, entendida como un todo, se consagra allí un principio de solidaridad que, elimina la posibilidad que se establezca la prestación de los mismos, en condiciones favorables a sólo una parte del conglomerado social. Más aún, se impone [...] según su capacidad económica, [...] establecer un régimen tarifario diferencial, que consulta una función redistributiva del costo de los servicios”. Así mismo, ha resaltado la Sentencia C-134 de 1993, en la cual se precisó que la solidaridad es “un principio fundante, un valor y un deber que atraviesa todo el accionar estatal y el comportamiento de las personas (artículo 95.2 CP)”.

311.

Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, Título v. regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos, Capítulo III. Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

312.

Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000. Citada en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002. Sin perjuicio de competencias especiales temporales reconocidas por el Legislador, según se puede estudiar en este mismo concepto.

313.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

314.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

En concordancia con lo anterior, la Sala<sup>315</sup> ha puesto de presente que el constituyente previó a los subsidios como una garantía propia del principio de solidaridad, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (artículo 368 de la Constitución Política), claro está sin que puedan ser destinados al uso suntuario o complementario. Como se explica en las citadas Sentencias C-566 de 1995 y C-086 de 1998, se trata de cubrir el costo de manera parcial, no total, como fruto de un “legítimo juicio de ponderación realizado por el Legislador”<sup>316</sup>.

Según ha explicado la Sala, los auxilios o las donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado no son posibles (artículos 136, numeral 4, y 355, inciso 1, CP). Sin embargo, en armonía con lo dicho por la Corte Constitucional en las Sentencias C-086 de 1998<sup>317</sup> y C-159 de 1998<sup>318</sup>, citadas en los conceptos, la regla general tiene excepciones con sustento directo en el mismo cuerpo constitucional, entre estas los subsidios previstos en el artículo 368 Superior, en beneficio de las personas más vulnerables.

Finalmente, vale destacar que la prestación de servicios públicos, además de ser en sí misma esencialmente relevante para los derechos fundamentales, puede envolver otros asuntos, como los ambientales, en los cuales intervienen diferentes autoridades como las Corporaciones Autónomas Regionales<sup>319</sup>. La Sala se ha pronunciado con respecto al reparto territorial de competencias en materia ambiental para reafirmar la concurrencia que existe entre las autoridades encargadas de la prestación de los servicios públicos y las autoridades ambientales, en armonía con la jurisprudencia constitucional.

La Sala ha resaltado la Sentencia C-1340 de 2000, en la cual se estudió el reparto territorial de competencias en materia ambiental, y de la cual se destaca, entre otros, la importancia de conservar las riquezas naturales (artículo 8 de la Constitución Política); gozar de un medio ambiente sano (artículos 79, inciso 2, y 80 de la Constitución Política); el adecuado uso del suelo y de los recursos naturales (artículo 334 de la Constitución Política); y la conservación del patrimonio ecológico.

---

| <b>315.</b>   | <b>316.</b>   | <b>317.</b>  | <b>318.</b>   | <b>319.</b>   |
|---|---|--|---|---|
| Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 798 del 29 de abril de 1996. | Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1998. Cita en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002. | Citada en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002. | Citada en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1407 del 23 de mayo de 2002. | Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1388 del 3 de diciembre de 2001. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1382 del 22 de noviembre de 2001. |

En esa línea, la Sala ha señalado que “no es extraño al régimen constitucional, el reparto de competencia entre las corporaciones autónomas regionales y las entidades territoriales, para ser ejercidas por cada una de ellas dentro de su correspondiente jurisdicción”. Así:

**...las corporaciones autónomas regionales, para la construcción, mantenimiento, administración, ejecución y operación de obras públicas de infraestructura, destinadas a “la defensa y protección o para la descontaminación o recuperación del medio ambiente y los recursos naturales renovables”, comprende la ejecución de obras de saneamiento básico entre ellas las de acueducto y alcantarillado, dentro de su jurisdicción territorial, en concurrencia con la competencia atribuida a los municipios para construir las obras que demande el progreso municipal y la solución de necesidades de saneamiento ambiental y de garantía de prestación de los servicios públicos.**

Se trata entonces de unir esfuerzos entre las instituciones gubernamentales para que las medidas a implementar a favor del ambiente sean compatibles o complementarias con las medidas que deben implementarse para la satisfacción de necesidades elementales para conservar la vida en condiciones dignas.

Así las cosas, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha absuelto diferentes consultas elevadas por el Gobierno Nacional en materia de servicios públicos, en armonía con los valores, principios y derechos superiores y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional. La dignidad humana, piedra angular de cada derecho fundamental, ha permeado el análisis realizado en los conceptos por considerar que se trata de un precepto superior que debe ser cumplido en el marco del Estado social de derecho.

Los servicios públicos constituyen un medio para el fin de garantizar los objetivos superiores determinados en la Carta Política, y pueden ser prestados por el Estado de manera directa o por medio de terceros, pero siempre conservando la regulación, vigilancia, inspección y control. A este le corresponde intervenir para racionalizar la economía, en un escenario en el cual se debe preservar la sostenibilidad fiscal y bajo la premisa de que el gasto social es prioritario sobre cualquier otra asignación.

La solidaridad es uno de los principios que irradia el marco jurídico de los servicios públicos, con especial notoriedad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, tanto al sistema de tarifas, como a los subsidios, costos y redistribución de ingresos. En armonía con la jurisprudencia constitucional, la Sala ha considerado que en aplicación de este principio deben adoptarse medidas para garantizar la prestación de los servicios públicos, en particular, en beneficio de la población de menores ingresos.

Por último, vale destacar que los servicios públicos, herramientas esenciales para la materialización de los preceptos superiores, a menudo se encuentran interrelacionados con varios intereses del Estado y, por consiguiente, la colaboración armónica y la concurrencia entre las autoridades son criterios importantes para su ejecución efectiva. Se trata de aunar esfuerzos en procura de la efectividad de los parámetros constitucional.

## 7.

## Derecho laboral y medio ambiente

### 7.1. Reconocimiento temporal de remuneración mientras dure la retención o secuestro

Los conceptos de la Sala en asuntos laborales y de seguridad social plantea un abanico de posibilidades muy amplio de decisión: desde la posibilidad de negociación sindical de las condiciones de trabajo de los servidores públicos de la nación, los departamentos y los municipios; el ingreso base de cotización al sistema general de seguridad social en Salud en el caso de trabajadores independientes, así como el derecho a percibir el salario y demás prestaciones laborales cuando el trabajador se encuentra secuestrado o retenido o desplazado por violencia.

Sobre este último tema, la Sala ha emitido varios conceptos, particularmente, en el caso del secuestro de congresistas (concepto 1435) o diputados (concepto 1431) debido a sus funciones o el caso de empleados públicos (concepto 1413), retenidos o secuestrados por razones diferentes del servicio.

En todos estos supuestos fácticos, la Sala ha considerado que la garantía constitucional del derecho a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo, y en aquellos casos de quienes fueron elegidos, a la representación efectiva como parte fundamental de del derecho a elegir y ser elegido, deben ser protegidos.

En efecto, pronunciamientos de la Sala, en los Conceptos citados, encuentran un fundamento principal que justifica la garantía de los derechos fundamentales atrás citados, y es que la imposibilidad de estas personas para seguir cumpliendo con sus obligaciones laborales obedece a un argumento de fuerza mayor, entendido este en los términos del Código Civil como “[e]l imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Partiendo de este concepto, la garantía de los derechos constitucionales objeto de protección, se alcanza o se mantiene cuando la persona retenida en contra de su voluntad tiene la seguridad de que a su familia le será pagado su salario y de más prestaciones de ley, hasta tanto estas circunstancias de fuerza mayor permanezcan en el tiempo. Esta

razón se constituye en una justificación legal, que permite asegurar que los emolumentos ordinariamente devengados como contraprestación a su trabajo, continúen siendo girados o pagados a su familia.

En este punto los conceptos de la Sala se apoyan en pronunciamientos de tutela de la Corte Constitucional que señalan que la protección que se reclama por vía de tutela supone que se debe dar una interpretación proteccionista a nivel constitucional, entre otros de los derechos a la vida y a la subsistencia. Se advierte así la importancia esencial que tiene el salario como fuente de recursos económicos del trabajador, con el cual puede atender en forma decorosa las necesidades personales y familiares de quienes conviven y dependen de él.

Ante este planteamiento jurídico, el pago del salario no solo se justifica en la interpretación propia de las condiciones básicas de una relación laboral, sino que encuentra justificación en principios constitucionales de equidad y justicia. De esta manera, la Sala responde a los cuestionamientos propuestos en la consulta a partir de una justificación legal de carácter extraordinario.

La Sala justificó inicialmente su posición en la sentencia T-1337 de 2001 de la Corte Constitucional, la cual explica principalmente la protección constitucional del derecho a la representación efectiva como derecho fundamental, que se identifica por 2 vías: la primera por una conexión conceptual con el derecho a elegir y ser elegido, que no se agota con el ejercicio del voto, sino que presupone la efectividad de la elección. La segunda vía, obedece a la interpretación sistemática de la Constitución, especialmente de los artículos 2, 3 y 40, con la idea de un ciudadano participativo y con injerencia directa en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Por ello, si a fuerza de las circunstancias fácticas se configura la figura de la vacancia temporal, sobre todo en los cargos de elección popular, el mismo artículo 134 Constitucional, adicionado por el acto legislativo número 3 del 15 de diciembre de 1993, dispone que “las faltas absolutas o temporales de los miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral [...]”.

Con todo y ante la necesidad de asegurar la continuidad de la representación política, también se ha reconocido la necesidad constitucional de proteger los derechos del secuestrado y su familia.

Así, la Sala de manera general y en respuesta a las consultas a ella hecha, ha considerado que en el caso de secuestro de congresistas o diputados se debe efectivamente realizar el pago de sus salarios y prestaciones laborales como máximo por el tiempo legal del periodo para el cual fueron elegidos, o al de la muerte si ella ocurre antes y, por supuesto, hasta el momento en que recobren su libertad y se reincorporen a sus actividades normales.

Como se advierte, la Sala usó los fundamentos constitucionales como la garantía del derecho a la vida y a la subsistencia (artículo 11), igualdad (artículo 13), derecho de participación ciudadana (artículo 40), para sentar su posición frente a la necesidad de pagar los salarios y prestaciones laborales de quien se encuentra secuestrado.

**Citas:** Se citaron los artículos de la Constitución 11, 13, 40, 133, 134, acto legislativo 03 de 1993.

Sentencias de tutela T-1337 de 2001, T-015 de 1995 y T-1634/00, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del febrero 27 de 1974.

## Conclusión:

Los conceptos 1431, 1435 y 1413, sustentaron sus argumentos, principalmente en la aplicación principal de la Constitución Política para absolver las preguntas elevadas por el Gobierno Nacional, acudiendo a la ley como un criterio auxiliar o complementario.

## 7.2. Provisión de curul en la Cámara de Representantes

La Sala de Consulta se ha pronunciado de igual forma sobre la forma en que debe ser provista un cargo público fruto de la elección popular.

La Sala fue consultada por parte del Gobierno Nacional acerca de cómo debería ser provista una curul en la Cámara de representantes luego de la renuncia de quien la ocupaba, y cuando la lista de elegibles para suplir dicho cargo por una circunscripción electoral en concreto, se agotó de conformidad con el artículo 129 de la Constitución. El concepto 1900 emitido por la Sala frente a este cuestionamiento del Gobierno Nacional, encontró amplio soporte jurídico en la misma Carta Política.

En efecto la Sala señaló de manera concreta que la soberanía nacional se encuentra directamente en el pueblo o de manera indirecta por sus representantes elegidos (artículo 3). Explicó que en consideración a lo señalado en el artículo 133 Superior las personas elegidas popularmente para cuerpos colegiados tienen una responsabilidad directa con sus electores y respecto de su investidura. Ahora, en caso de quien fuere elegido tuviese una falta temporal o absoluta, su cargo se supliría de forma descendente a partir de una misma lista electoral (artículo 134).

Seguidamente, la misma Sala expone de manera literal los lineamientos constitucionales dispuestos para suplir una vacante en la cámara de representantes (artículos 176, 258), la posibilidad de remitir una votación cuando el voto en blanco superen los votos válidos (artículo 261).

Visto este marco constitucional, y ateniendo al hecho de que existe un Código Electoral en el cual se establece las reglas sustanciales y procedimentales para adelantar un procesos electoral, así como las condiciones para la posesión, permanencia y separación del cargo de elección popular, la Sala advirtió que se planteaba una situación jurídica particular cuando un representante a la Cámara, renunciaba a su curul, y quien lo sucedía en orden en la misma lista electoral, la cual solo estaba compuesta por 2 personas para este caso, incluida la persona que renuncia, se agotó cuando ese segundo renglón no aceptó el llamamiento a suplir dicha curul.

Ante este contexto fáctico, la Sala señaló que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución el derecho a elegir y ser elegido es un derecho fundamental. De tal manera que la interpretación de los derechos electorales debe estar siempre encaminada a garantizar

su ejercicio e impedir sus restricciones y limitaciones. A partir de esta interpretación que hace la Sala de la citada norma constitucional se garantiza tal derecho de representación política. Bajo este supuesto es que se debe entender el alcance del artículo 129 del Código electoral por el cual se debe convocar a nuevas elecciones ante una falta absoluta.

En efecto, para el caso objeto de consulta, se había determinado que la lista de elegibles a la Cámara de Representantes por el departamento del Caquetá para el año 2006 era de 2 personas. Por ello, ante la renuncia del titular de la curul y la no aceptación del llamado a ocuparla según el orden descendente, se configura la hipótesis planteada por el artículo 129 del Código Electoral, aunado al hecho de que la representación política de dicha circunscripción electoral quedó reducida a la mitad. Por esta razón, y atendiendo esencialmente a interpretación y aplicación de normas de la misma Constitución, es que la Sala conceptuó que el Gobierno Nacional convocará a elecciones para llenar la plaza vacante y fijará la fecha en que deban verificarse.

**Citas:** Artículos de la Constitución: 3, 40, 133, 176, 258, 261, 263

Código Electoral (D. L. 2241 de 1986), artículo 129; Ley 5 de 1992, artículo 274.

## Conclusión:

Los fundamentos jurídicos usados por la Sala para absolver esta consulta, sustento su respuesta esencialmente con fundamentos netamente constitucionales dado que el cuestionamiento hecho por el Gobierno, podía ser absuelto de manera sólida y clara a partir de la misma Constitución Política.

## 7.3. Administración de bienes baldíos que hacen parte del Sistema de Parques Nacionales Naturales

La Constitución Política de 1991 desarrolló de manera amplia una pluralidad de normas encaminadas esencialmente al reconocimiento del valor fundamental que tiene el medio ambiente y los recursos naturales, en un Estado social de derecho.

Así, tras reconocer la enorme diversidad ecológica, la Constitución consideró necesario de asegurar la adecuada protección, administración y explotación de los recursos naturales, y la necesidad de establecer derechos y obligaciones frente al medio ambiente, así como la creación de una institucionalidad que garantice y articule todas las políticas en torno al medio ambiente.

En este contexto, el derecho a la propiedad y la administración y regulación de los suelos lleva al Estado a determinar qué hacer y cómo administrar aquellos terrenos denominados bienes baldíos.

Es así, como se presenta el concepto 1101 de 1998, a raíz de la consulta que el Gobierno Nacional le hizo en torno a quien debe ser la autoridad que debe administrar las Islas del Rosario en tanto tienen el carácter de baldíos reservados de la nación, no son enajenables, y además, algunos territorios e islotes no forman parte del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo de acuerdo a una resolución del Ministerio del Medio Ambiente.

Esta consulta obedece a que varias entidades públicas podrían tener competencia en la administración de estos terrenos, particularmente, por su condición de baldíos, por estar o no incluidas dentro de lo que se denomina como Parques Nacionales Naturales.

La Sala señaló inicialmente el marco constitucional iniciando por la obligación que tiene el Estado y las personas para proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (artículo 8), recuerda que la propiedad tiene una función social que implica obligaciones y, como tal, tiene una función ecológica (artículo 58 - inciso 2); y, finalmente señala el derecho que tienen todas las personas de gozar de un ambiente sano, por lo que la comunidad tiene derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlo (artículo 79)

Ahora bien, el desarrollo normativo en torno a los recursos naturales, el medio ambiente y en particular los terrenos denominados baldíos, genera gran controversia dada la multiplicidad de entidades que podrían estar involucradas.

Inicialmente, la Ley 110 de 1912 determina como terrenos baldíos y por tanto de propiedad nacional “[L]as islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio”

Por otra parte, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente (decreto 2811 de 1974), acota más el tema en relación con el tipo de terrenos reconocibles legalmente al señalar que el sistema de parques nacionales como el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional, que debido a sus características naturales, culturales o históricas, llámese parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora, santuario de fauna y vía parque, por lo cual los parques nacionales son un tipo específico de reserva y sobre estas se puede establecer restricciones a su dominio.

Como se observa, el contexto regulatorio de los terrenos en el país conserva su norte en el sentido de asegurar una especial protección constitucional, dadas sus características especiales, pero además permite advertir que el Estado asume su responsabilidad para la adecuada administración de los mismos. Y es en cumplimiento de esta responsabilidad que la Ley 99 de 1993 que otorga al Ministerio del Medio Ambiente las funciones de reservar, alindar, sustraer y administrar, entre otras, las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Pero es el INCORA en ejercicio de esa facultad de administrar las tierras baldías de la nación, teniendo una especial prohibición de adjudicar terrenos baldíos ubicados en zonas aledañas a Parques Nacionales Naturales.

Y es en este punto en que de nuevo el análisis constitucional cobra especial relevancia cuando de manera tajante se indica que a la luz del artículo 63 de la Carta, los parques nacionales se encuentran dentro de aquellos bienes públicos que son inalienables, es decir no pueden ser negociados, vendidos, donados o permutados; inembargables ya que no admiten gravámenes hipotecarios, embargos o apremios e imprescriptibles.

Así, la Sala, tras este análisis normativo en torno a la naturaleza de los bienes baldíos y de aquellos que por su especial connotación ecológica se pueden incluir dentro del Sistema de Parques Nacionales, concluyó que era el INCORA, por expresa delegación del Ministerio del Medio Ambiente, quien tenía la competencia para administrar y proteger estos terrenos baldíos, incluidos, en el presente caso, dentro del Sistema de Parques Nacionales.

Sin embargo y lo que hay que resaltar en este concepto, es que para la Sala persiste la preocupación respecto a que a pesar que hay un supremo interés en la conservación y la correcta administración de los parques nacionales incluidas las zonas aledañas y baldíos, no existe claridad sobre la adecuada gestión de los terrenos baldíos, más aún cuando estos tienen una especial valoración por su carga ecológica y medio ambiental, yendo de esta manera un poco en contravía de los mandatos constitucionales, especialmente el del artículo 80 sobre conservación, restauración y sustitución de los recursos naturales, hay un ostensible descuido al respecto por parte de las autoridades nacionales encargadas de esos fines.

**Citas:** Constitución Política, Artículos 58-2, 63, 79, 80, 95-8

Sentencias citadas: T-572 de 1994, C-649 de 1997 de la Corte Constitucional

## **Conclusión.**

La Sala de manera consistente pudo expresar su posición jurídica a partir de las normas constitucionales citadas, en especial al dar especial relevancia a las características jurídicas de los terrenos baldíos, de los parques naturales, de la responsabilidad ecológica de los mismos y de la especial responsabilidad que atañe de manera principal al Estado en la correcta administración y protección de los espacios, más aún cuando en ellos se concentran de manera importante la carga ecológica y medio ambiental.

## 8.

# Recursos públicos, regalías, expropiación; comunidades negras; marco regulatorio de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

## 8.1. Recursos públicos, regalías, expropiación

Entre los conceptos que ha emitido la Sala de Consulta, hay una línea que se relaciona con la Constitución Económica y destaca la preponderancia de la Constitución Política en aplicación a temas de recursos públicos, regalías y expropiación.

De manera previa, resulta importante señalar que, en líneas generales, la Sala de Consulta es precavida al realizar el estudio de los asuntos relacionados con los recursos públicos pues en algunos conceptos, sobre todo los relacionados con subsidios<sup>320</sup>, deja en claro que se debe realizar un uso eficiente de los recursos del Erario y sobre todo que se encuentre relacionado con el cumplimiento de los fines del Estado.

En ese orden, respecto del volumen de transferencias y porcentajes de participación, en 1994 la Sala de Consulta realizó un análisis constitucional de la Ley 60 de 1993<sup>321</sup>, en relación con el artículo 357 de la Constitución. La pregunta que en el momento formuló el director del Departamento Nacional de Planeación estaba relacionada con la definición del volumen

---

320.

C-513, C-800 y 1407.

321.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto número 651 del quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

de las transferencias, y los porcentajes de participación que le corresponde a los municipios de menos de 50.000 habitantes y a los municipios ribereños del Río Grande la Magdalena.

Para la Sala de Consulta, resultó relevante la definición de criterios de distribución de recursos públicos según los criterios del artículo 357, destacando que los porcentajes se debían orientar en cuanto a municipios con alto índice de necesidades básicas insatisfechas y de acuerdo con el nivel relativo de pobreza en la población y otro porcentaje como incentivo para aquellos municipios que demuestren eficiencia fiscal y administrativa, y para los que tengan menos de 50.000 habitantes. En ese orden, la aplicación de los porcentajes debe efectuarse antes de distribuir “en los indicados porcentajes, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación”<sup>322</sup>. Un punto para una población con especial protección constitucional añadió, al precisar que los resguardos indígenas, según el artículo 357 constitucional, deben asimilarse a municipios para que puedan participar en la distribución de los ingresos corrientes de la nación.

Así, se advierte que, desde la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, la Sala de Consulta implementó el criterio constitucional como un eje de alta importancia en la definición de conceptos. Esta tendencia irá en aumento en los años subsiguientes, en los que la mención a la Carta Política será aún más contundente, gracias a la referencia directa a sentencias de la Corte Constitucional.

En esa línea, en el concepto 1683, la Sala indicó que “(...) la realización de gastos con recursos públicos se encuentran sujetos a un ordenamiento específico de carácter presupuestal, informado por varios principios, entre ellos el de incorporación al presupuesto, conforme al cual no puede percibirse contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacerse erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos”<sup>323</sup>. Es decir, la Sala aplicó el criterio de debida destinación de los recursos públicos, según el cual, todo gasto debe ser incorporado en el presupuesto público, pero ello obedece a la naturaleza participativa de la construcción de este, idea que inunda los pronunciamientos de la Sala frente a los asuntos económico del Estado.

Lo anterior implica que, entonces, la distribución y utilización de los recursos debe seguir un orden lógico impuesto por la Constitución, y es que, inicialmente, deben beneficiar a la comunidad en general es decir deben buscar el bien común, es por ello que, en materia educativa como se indicó en el Concepto 1420<sup>324</sup>, debido a la naturaleza intrínsecamente ligada a varios derechos constitucionales, no solo de los niños sino como esencia del Estado, si se le puede entregar recursos públicos a entidades privadas para que cumplan con ese fin esencial del Estado, esta posición encontró su soporte en la sentencia C- 159 de 1998<sup>325</sup>.

322.

Ibidem

323.

Página 7.

324.

Páginas 5 y 8.

325.

De donde se extrajo la Ratio Decidendi para pronunciarse sobre la consulta realizada.

De igual modo, la Sala, en un mayor alcance sobre el uso y aplicación correcta del Erario, en el concepto 504<sup>326</sup>, señaló que, según el artículo 355 de la Constitución, ninguna corporación o autoridad pública puede decretar auxilios, donaciones con dinero público a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

No obstante, en concepto posterior<sup>327</sup>, hizo énfasis en que, el marco constitucional respecto de la destinación de dineros públicos en favor de personas naturales o de personas jurídicas de derecho privado, no se agota en el artículo 355 constitucional. En ese orden, señaló que, existen preceptos constitucionales según los cuales, en virtud de la destinación de dichos recursos, el Estado debe cumplir obligaciones precisas en materia de asistencia, protección o estímulo (artículos 43, 44, 46, 50 y 71 de la Constitución); al igual que, conceder subsidios (artículo 368), sin que ello signifique la desviación de dineros oficiales. Con ello, la Sala dejó sentado un criterio diferenciador relevante respecto de la destinación de recursos públicos, entre lo que es la prohibición consagrada en el artículo 355 y lo que refiere a las obligaciones superiores de rango constitucional, en favor de las mujeres, población pobre, niños, entre otros.

En adición, el concepto 800<sup>328</sup> no solo se refirió a la inversión de tipo asistencial, sino que, además, resaltó que, los artículos 13, 46 y 55 también permiten al Estado destinar partidas presupuestales para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras, así como la protección de su desarrollo económico y social. Es así que, para la Sala, la política de fomento en favor de comunidades étnicas discriminadas o marginadas garantiza el principio de igualdad de oportunidades. Para lo cual, el concepto hizo relación expresa de la sentencia de la Corte Constitucional, la T-288 de 1995, donde refirió que, “el derecho a la igualdad de oportunidades trasciende la concepción formal de la igualdad ante la ley. Tiene en cuenta las diferencias naturales o sociales como factores relevantes para determinar el trato a que tienen derecho determinadas personas o grupos”.

En materia de Regalías, la perspectiva cambia un poco, en el Concepto 1471 se citó la sentencia C-207 del 1 de marzo de 2000, donde se especifica que este rubro tiene como fin “alcanzar el desarrollo armónico de todas las regiones”, es por ello que estos recursos tienen un tratamiento diferenciado, desde la creación de un fondo para su administración, hasta la destinación que por ley se le da a los mismos.

Sobre su naturaleza, en la Consulta 1750 se estableció que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional<sup>329</sup>, las regalías son rentas del Estado dado que a este le pertenecen los recursos del suelo y del subsuelo<sup>330</sup>, por lo tanto, no poseen la naturaleza de impuestos o tributos, aunque tampoco se acercan a la categoría de Tasa.

**326.**

Concepto 504 del 22 de abril de 1993.

**327.**

Concepto 800 13 de mayo de 1996

**330.**

Al respecto, debe hacerse la claridad de la pertenencia de estos recursos naturales, pues si bien el Estado como un todo es propietario de aquellos recursos que reposan en suelo y subsuelo, cuando se divide el estado por concepción geográfica en Nación y territorios, es al primero a quien le corresponden los derechos del subsuelo, pero a los segundos a quienes le pertenece el suelo, por ello debe haber coincidencia en la voluntad de explotar el subsuelo entre entes territoriales y la nación, pues solo con la anuencia de los primeros debería penetrarse el suelo para explotar el subsuelo, es un asunto de democracia estatal y participación en la toma de decisiones.

**328.**

Concepto 800 13 de mayo de 1996

**329.**

En especial la consignada en las sentencias C 541 de 1999 y C 722 de 1999.

Coralario de lo anterior, es dable deducir que sí existe incidencia en el desarrollo conceptual que hace la sala respecto de las sentencias de la Corte Constitucional, y en efecto dicha jurisprudencia es aplicada para resolver los casos que son sometidos a la consideración de la misma.

## Comunidades negras

En lo relativo a las comunidades negras, la Sala de Consulta también ha emitido conceptos con incidencia constitucional<sup>331</sup>. En el concepto 800, por ejemplo, tratándose de la relación entre las comunidades negras y la Ley 70 como obra de reivindicación estatal con esas comunidades, la Sala acudió a la interpretación hecha por la Corte Constitucional respecto de los principios que rodean el asunto. En ese orden, la Sala recordó que en la sentencia T 288 de 1995, la Corte Constitucional insistió en el concepto de igualdad material entre las comunidades étnicas y el resto de la población colombiana.

La incidencia constitucional en dicho concepto es evidente. Pues la conclusión del Concepto fue que, el proyecto de Decreto era congruente con la necesidad de alcanzar la igualdad material en las comunidades negras, de modo que el fundamento constitucional, tanto del articulado de la Carta Política, como de la sentencia, fueron esenciales para llegar a dicha conclusión.

Dicho criterio fue reiterado en las demás sentencias, ya que la condición de manifiesta vulnerabilidad de las comunidades NARP<sup>332</sup> obliga al Estado a hacer efectivo el principio constitucional de Igualdad y el valor en sí mismo. Dicho criterio se extendió a las comunidades NARP que habitaban en zonas urbanas, para la Sala si fue clara esa precisión, ya que haciendo uso de la Sentencia T 422 de 1996 y una interpretación acorde del artículo 13 de la Constitución, se resolvió la consulta relacionada con las organizaciones de base ubicadas en zonas urbanas.

También se destaca el concepto 1768 del 24 de agosto de 2006, en el que la Sala reiteró la protección especial de las comunidades, con fundamento en la Constitución, y refirió, en dicha oportunidad, lo referente a la propiedad colectiva de la tierra respecto de las comunidades negras. Consistentes en asentamientos históricos y ancestrales de las comunidades en esas regiones para su uso colectivo. Para ello, la Sala destacó la relevancia de la sentencia C 139 de 1996, emitida por la Corte Constitucional.

---

331.

Conceptos 800, 1288, 1754, 1768 y 2349.

332.

Negras, Afrocolombianas, Palenqueras y Raizales.

## 8.2. Marco Regulatorio de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial<sup>333</sup>

Los conceptos relacionados con la Comisión Nacional de Disciplina judicial se ubicaron alrededor del periodo personal para ejercer el cargo de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dada la transición que se había ordenado con la reforma constitucional. Al respecto, la Sala hizo referencia a la sentencia C-373 de 2016, donde se declaró que el periodo de los Magistrados mencionados no era contrario con la Constitución porque ella así misma lo determinaba hasta tanto no se creara la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

En ese sentido, en los 3 conceptos el elemento articulador fue la elección de los Magistrados de dicha corporación. La jurisprudencia constitucional utilizada se centró en la naturaleza de “(...) normas instrumentales necesarias para facilitar los cambios institucionales introducidos en la respectiva reforma”<sup>334</sup>, de modo que, como consecuencia, la Sala contestó sobre la constitucionalidad de la situación planteada respecto de los magistrados de la sala disciplinaria, entendiendo lo que la Corte determinó como normas de tránsito o de cambio, es decir, existió un diálogo entre la Sala y la Corte Constitucional en pro de la estabilidad institucional del Estado.

---

333.

Conceptos 2327, 2378, y 2400.

334.

Concepto 2327, Pág. 16.

# III

# PARTE ESTRUCTURAL

*Anexo*

*Descripción de conceptos relevantes*

COLOMBIANOS LAS ARMAS  
OS HAN DADO INDEPENDENCIA  
LAS LEYES OS DARÁN LIBERTAD

SANTANDER

## 1.

# Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre contratos y convenios interadministrativos

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Asunto:</b><br/>controversia jurídica surgida entre el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (Enterritorio), antes Fonade, en relación con la ejecución y liquidación de un contrato interadministrativo de gerencia integral de proyectos celebrado entre dichas entidades, para apoyar a los municipios en la formulación, estructuración, presentación y trámite de proyectos de inversión a ser financiados con recursos del Sistema General de Regalías.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Gobierno Nacional</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Ana María Charry Gaitán</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 00004PL</p> <p><b>Fecha:</b><br/>22 de noviembre de 2022</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|---|---|---|--|

## CONSULTA

1. Considerando la naturaleza del contrato, las partes y las obligaciones pactadas, ¿cómo solucionar las diferencias entre las partes sobre el cumplimiento de obligaciones o compromisos que dependen de la conducta de un tercero, como lo son las entidades territoriales beneficiarias de los proyectos, tales como la adquisición de predios o gestiones a su cargo ante otras autoridades?
2. Considerando las obligaciones de Enterritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿cuál es el alcance de la prestación contractual sobre definición del perfil?, ¿puede considerarse que Enterritorio ha incumplido el contrato?, ¿la aprobación del perfil por parte del supervisor designado por el contratante, cómo incide en la responsabilidad del contratista gestor en relación con el alcance y ejecución del proyecto?, y ¿es factible, jurídicamente, que las partes acuerden modificaciones a los proyectos, cuando por alguna circunstancia el mismo no alcanza la etapa siguiente?
3. ¿Considerando las obligaciones pactadas en el contrato sería posible, jurídicamente, que el DNP proceda a recibir los proyectos en discusión, en el estado en que se encuentran, y realizar el pago, total o parcial, de la cuota de Gerencia o remuneración pactada a favor de Enterritorio, habida cuenta de las diferencias surgidas entre las partes en la etapa de liquidación del contrato y expuestas en los antecedentes de la solicitud de concepto?
4. Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, lo estipulado en el mismo, las diferencias de las partes en tomo al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, las circunstancias atribuibles a terceros, las modificaciones aceptadas por el DNP o convenidas por las entidades públicas contratantes, ¿a quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿sí hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos.? y ¿que [sic] sucede con los gravámenes a los movimientos financieros - GMF- causados y pagados con cargo a los recursos contractuales no ejecutados?
5. ¿De acuerdo con los antecedentes y demás circunstancias fácticas relacionadas en el escrito inicial y con las preguntas que se hacen en este complemento, es posible, bajo las condiciones descritas, liquidar el contrato y en qué forma?
6. En todo caso, las partes advirtieron que la enunciación de estos asuntos de puro derecho “no excluye la posibilidad de que en ejercicio de su competencia, y conforme con la solicitud presentada, pueda usted hacer otro tipo de consideraciones relacionadas con el asunto, habida cuenta de la razón de ser de la atribución conferida a la Sala que busca, fundamentalmente, “precaer un eventual litigio o poner fin a uno existente”, a fin de que las entidades públicas no tengan que acudir al juez ordinario o arbitral o a otros mecanismos judiciales de composición de conflictos, por obvias razones de transparencia y de economía”.
7. En relación con los documentos solicitados, las mismas autoridades informaron que “[a]nexamos además los documentos soporte de la solicitud, que involuntariamente se extraviaron, específicamente el expediente administrativo que contiene la documentación correspondiente al Contrato Interadministrativo número 2150505 -053 de 2015 [...]”, y señalaron, a continuación, las carpetas y los documentos que cada una de las partes aportaba: el DNP, mediante una memoria portátil (USB), y Enterritorio, en un disco (DVD).

8. Al revisar el contenido de tales dispositivos y de cada una de las carpetas y los archivos electrónicos contenidos en aquellos, el despacho observó que algunas de las carpetas y los documentos enunciados no se hallaban. Asimismo, luego de hacer una revisión preliminar de los documentos remitidos, se consideró necesario solicitar otros que se mencionaban allí, pero que no habían sido enviados, para tener mayor claridad sobre los antecedentes de este asunto, especialmente en cuanto a la forma en que fue ejecutado el contrato interadministrativo.
9. Por tal razón, la magistrada ponente dictó un segundo auto de trámite, el 2 de febrero de 2022, mediante el cual: (i) avocó el conocimiento de la consulta, de conformidad con lo previsto en el artículo 112, numeral 7, del CPACA, tal como fue modificado por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021, y (ii) ordenó a las partes aportar los documentos referidos.
10. En respuesta a dicho auto, las partes, mediante correo electrónico y dispositivos físicos (memorias y discos), entregaron la documentación y la información solicitadas, dentro del término establecido.
11. Posteriormente, se emitieron otros 2 autos de trámite, con el fin de solicitar a las partes completar la información y la documentación entregadas; volver a enviar determinados documentos que no resultaban accesibles o legibles, por razones técnicas; señalar la ubicación exacta de determinados documentos o pruebas que sustentan la posición de cada parte; precisar los argumentos de cada entidad, y responder algunos cuestionarios preparados por la Sala.
12. Asimismo, los días 12 y 23 de mayo de 2022, se hicieron reuniones exploratorias con el DNP y Enterritorio, respectivamente, de forma separada, para aclarar determinados aspectos de la consulta y buscar mecanismos que hicieran posible o facilitaran a las partes llegar a acuerdos sobre la forma de solucionar todas o algunas de las controversias objeto de la consulta.
13. Finalmente, el día 19 de julio de 2022, se realizó la audiencia prevista en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA, a la cual asistieron los representantes y demás funcionarios del DNP, Enterritorio, la ANDJE y la Procuraduría General de la Nación. En dicha audiencia, la apoderada de la ANDJE hizo un resumen de las conclusiones principales del concepto presentado por esa entidad, el cual se recibió físicamente el día 21 de julio del año en curso. Por su parte, el agente del Ministerio Público solicitó plazo para entregar su concepto, el cual no se había recibido, hasta la fecha de elaboración de este dictamen.

## RESPUESTA

1. Considerando la naturaleza del contrato, las partes y las obligaciones pactadas, ¿Cómo solucionar las diferencias entre las partes sobre el cumplimiento de obligaciones o compromisos que dependen de la conducta de un tercero, como lo son las entidades territoriales beneficiarias de los proyectos, tales como la adquisición de predios o gestiones a su cargo ante otras autoridades?

A juicio de la Sala, el mecanismo más idóneo, razonable y eficaz que pueden utilizar las partes para solucionar las controversias surgidas entre ellas, en relación con la ejecución del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, es la liquidación bilateral o de común acuerdo de dicho contrato, dentro del plazo establecido en la ley.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia y la doctrina de esta corporación, en la etapa de liquidación, las partes pueden celebrar transacciones y otra clase de arreglos que les permitan solucionar y finiquitar satisfactoriamente las diferencias que subsistan entre ellas, aunque esto implique recibir extemporáneamente obligaciones pactadas en el contrato (y no cumplidas dentro del plazo de este), condonar o renunciar parcialmente a ciertos derechos, modificar determinadas obligaciones contractuales e, incluso, asumir algunas obligaciones nuevas, de futuro cumplimiento, pero estrictamente relacionadas con el objeto y el alcance del contrato interadministrativo que se liquida, entre otras opciones.

En este sentido, los acuerdos a los que lleguen las partes, con base en las consideraciones expuestas en este concepto, deben tener en cuenta, como criterio fundamental, la necesidad de proteger y salvar los recursos públicos del Sistema General de Regalías que se han invertido hasta el momento en la estructuración de estos proyectos y, por encima de ello, satisfacer las necesidades básicas insatisfechas que se pretendían solucionar con tales proyectos, en las comunidades beneficiarias.

En esa medida, aparte de establecer cuál de las partes debe asumir el costo de la realización de determinada actividad o etapa de cada proyecto específico objeto de la disputa, debe velarse porque este pueda ser estructurado, en su totalidad, aunque ello se haga más adelante y con la participación de terceros, de forma tal que el proyecto pueda ser presentado y aprobado por el respectivo órgano colegiado de administración y decisión (OCAD) y, finalmente, ejecutado.

Lo anterior se indica, claro está, a menos de que se concluya, en forma clara, técnica y objetiva, que determinado proyecto no resulte definitivamente viable, por razones jurídicas, técnicas o económicas, o que sea más oneroso para el erario reformularlo o corregirlo, que estructurar un proyecto distinto, para satisfacer la correspondiente necesidad de inversión social.

Con respecto a las actividades o gestiones que dependían de un tercero (como las entidades territoriales), es importante señalar que, según lo explicado en este concepto, Enterritorio asumió libre y voluntariamente el riesgo de inejecución o ejecución tardía de tales labores, cuando se obligó, mediante los otrosíes números 4 y 5 de 2018, a entregar un grupo determinado de proyectos debidamente estructurados, en fase de factibilidad, en una fecha cierta, con la plena consciencia de que dicha entrega dependía de las actividades que realizaran o culminaran esos terceros y que, en las fechas de suscripción de las modificaciones contractuales citadas, no habían ejecutado o culminado.

Asimismo, se pudo verificar que, en varios de los proyectos objeto de la controversia, Enterritorio no cumplió adecuadamente con sus obligaciones de “[g]arantizar que las actividades desarrolladas en el marco del presente contrato, cumplan con las condiciones de calidad técnica, económica razonable y de seguridad jurídica”, y de “[...] realizar un trabajo mancomunado, constante y permanente con las entidades territoriales definidas por el DNP” (cláusula segunda, numerales 4 y 12), entre otras.

Por tales razones, a juicio de la Sala, el incumplimiento de esos terceros no exonera de responsabilidad a Enterritorio, pues dicha situación no puede calificarse jurídicamente, en este caso, como el “hecho exclusivo de un tercero”, una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, u otro de los eventos de “causa extraña”, que sirve para exonerar de responsabilidad contractual al deudor, en las obligaciones de resultado.

2. Considerando las obligaciones de Enterritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿cuál es el alcance de la prestación contractual sobre definición del perfil?, ¿puede considerarse que Enterritorio ha incumplido el contrato?, ¿la aprobación del perfil por parte del supervisor designado por el contratante, cómo incide en la responsabilidad del contratista gestor en relación con el alcance y ejecución del proyecto?, y ¿es factible, jurídicamente, que las partes acuerden modificaciones a los proyectos, cuando por alguna circunstancia el mismo no alcanza la etapa siguiente?

Este numeral contiene varias preguntas, que no necesariamente están relacionadas, por lo que es necesario responderlas por separado, así:

#### **¿Cuál es el alcance de la prestación contractual sobre definición del perfil?**

El alcance de esta obligación contractual fue definido en varios documentos que forman parte integrante del contrato interadministrativo, como la oferta presentada por Fonade (Enterritorio), los estudios técnicos elaborados por el DNP para la celebración del contrato, el Anexo Técnico y el Manual Operativo. Adicionalmente, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.4.1.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015.

De acuerdo con lo pactado en el contrato interadministrativo y en los documentos citados, el desarrollo del perfil de cada proyecto y la elaboración del informe respectivo eran obligaciones de Enterritorio, que implicaban realizar, al menos, una jornada de trabajo en campo, es decir, en el terreno, junto con la entidad territorial interesada, para tener una aproximación más certera sobre la necesidad planteada por dicha entidad; hacer un análisis sobre el entorno de la idea presentada; determinar el nivel de maduración esta; preparar y evaluar, a partir de “información de origen”, las posibles alternativas para estructurar el proyecto, con análisis de costo-beneficio y análisis legales e institucionales, de la gestión predial y de las restricciones sociales, ambientales, legales y financieras, entre otras; evaluar la situación actual y la esperada con las distintas alternativas, y elaborar costeos preliminares de estudios y diseños.

Asimismo, suponía que, con base en el análisis de dicha información, Enterritorio debía determinar si era viable seguir estructurado el proyecto, en cualquiera o cualesquiera de las alternativas planteadas, para lo cual debía tener en cuenta, además de la información y los análisis mencionados, la titularidad de los predios en los cuales se pretendiera construir o ejecutar el proyecto, según lo indicado expresamente por esa entidad, en su propuesta.

### **¿Puede considerarse que Enterritorio ha incumplido el contrato?**

Tal como se explica detalladamente, para cada uno de los 6 proyectos involucrados en la controversia, en el acápite respectivo de este concepto y en su anexo, luego de estudiar de manera completa, objetiva y sistemática el expediente de esta consulta, así como lo manifestado por las partes en la audiencia y en las reuniones efectuadas con cada una de ellas, la Sala observa que existió un incumplimiento parcial del contrato por parte de Enterritorio, en algunos de los proyectos mencionados, el cual está referido principalmente a su obligación de entregar determinados proyectos o subproyectos de inversión debidamente estructurados en fase de factibilidad, dentro del plazo acordado por las partes (obligación de resultado), en conjunto con otras obligaciones contractuales que tenía a su cargo dicha entidad.

### **¿La aprobación del perfil por parte del supervisor designado por el contratante, cómo incide en la responsabilidad del contratista gestor en relación con el alcance y ejecución del proyecto?**

Ni el contrato interadministrativo ni los documentos descritos en la primera respuesta establecen, como una obligación del DNP, la de revisar y aprobar, desaprobar o devolver con observaciones el informe de perfil. Sin embargo, debe recordarse que, durante el desarrollo de esta etapa, el DNP debía: (i) entregar la información inicial del proyecto a Enterritorio, con base en la solicitud y en la información entregadas por la entidad territorial interesada; (ii) revisar y objetar o no el cronograma inicial del proyecto, elaborado por Enterritorio; (iii) “guiar” a Enterritorio en la ejecución de esta fase, lo que, a juicio de la Sala, consistía en suministrarle orientaciones generales (dado su carácter de experta); iv) recibir el informe de perfil entregado por Enterritorio, y v) definir, en conjunto con Enterritorio, y en el seno del Comité Técnico Operativo, los requerimientos técnicos que dicha entidad debía tener en cuenta para realizar los procesos de contratación de las consultorías para la estructuración de los proyectos, así como determinar la razonabilidad de los resultados obtenidos por Enterritorio, en esta fase.

Asimismo, en virtud de su deber de supervisión sobre el contrato interadministrativo, y del principio de colaboración armónica entre las entidades públicas, debía advertir a Enterritorio acerca de cualquier error, inconsistencia o vacío que observara en la ejecución de esta fase, o en el informe respectivo.

### **¿Es factible, jurídicamente, que las partes acuerden modificaciones a los proyectos, cuando por alguna circunstancia el mismo no alcanza la etapa siguiente?**

Era factible, durante la ejecución del contrato interadministrativo e, incluso, en la etapa de liquidación, que las partes realicen modificaciones en los proyectos, para permitir que estos se puedan seguir estructurando, en la etapa siguiente, hasta lograr la viabilidad completa de tales proyectos, en el ciclo de preinversión, y lograr así su aprobación, por parte del respectivo OCAD.

A este respecto, debe precisarse que el contrato interadministrativo era un acuerdo abierto y general, que no se refería, específicamente, a determinado proyecto o grupo de proyectos de inversión, sino a todos aquellos cuya estructuración encomendara el DNP a Enterritorio y que alcanzaran a ser estructurados, dentro del plazo y los recursos asignados por las 2 partes, en el acuerdo.

3. ¿Considerando las obligaciones pactadas en el contrato sería posible, jurídicamente, que el DNP proceda a recibir los proyectos en discusión, en el estado en que se encuentran, y realizar el pago, total o parcial, de la cuota de Gerencia o remuneración pactada a favor de Enterritorio, habida cuenta de las diferencias surgidas entre las partes en la etapa de liquidación del contrato y expuestas en los antecedentes de la solicitud de concepto?

Tal como se manifiesta en la respuesta a la primera pregunta, es jurídicamente viable que el DNP, como acreedor de las principales obligaciones relacionadas con el componente de estructuración de proyectos, los reciba en el estado en que se encuentren, con el fin de continuar su estructuración, ya sea internamente (con su propio personal), mediante la contratación de terceros o, incluso, si así lo convienen las partes, con la colaboración de Enterritorio, en desarrollo de otro contrato interadministrativo.

En relación con el reconocimiento de los costos involucrados en la estructuración de estos proyectos, y la parte que debe asumirlos, nos remitimos a lo explicado, para cada uno de ellos, en la parte considerativa de este concepto. Con respecto a la cuota de gerencia u honorarios a favor de Enterritorio por la ejecución de este componente del contrato interadministrativo, la Sala entiende, con base en la documentación y en la información suministrada por las partes, que el DNP desembolsó la totalidad de los recursos acordados en el contrato interadministrativo, por este concepto.

Ahora bien, como el contrato interadministrativo celebrado entre las 2 partes constituye un negocio sinagmático y conmutativo, y los honorarios estipulados a favor de Enterritorio deben guardar proporcionalidad con el cumplimiento de sus obligaciones, dicha entidad solo tendría derecho a recibir la totalidad de la cuota de gerencia si hubiese cumplido cabalmente con la totalidad de sus obligaciones.

En consecuencia, y dado que la Sala ha constatado que se presentó un incumplimiento parcial del contrato, por parte de Enterritorio, dicha entidad tendría que devolver parte de sus honorarios, en proporción al referido incumplimiento, dentro del plazo que las partes acuerden.

Para tal efecto, la Sala sugiere que las partes calculen dicha porción, aplicando la misma relación matemática que exista entre: (i) el valor total del contrato y (ii) el valor total de las obligaciones incumplidas parcialmente por Enterritorio, que equivaldría, en principio, a la sumatoria de los recursos que dicha entidad debe reintegrar, por este motivo, conforme a lo establecido en el presente concepto.

4. Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, lo estipulado en el mismo, las diferencias de las partes en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, las circunstancias atribuibles a terceros, las modificaciones aceptadas por el DNP o convenidas por las entidades públicas contratantes, ¿a quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿si hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos.? y ¿que [sic] sucede con los gravámenes a los movimientos financieros - GMF- causados y pagados con cargo a los recursos contractuales no ejecutados?

Dado que este numeral se refiere a 2 temas diferentes (rendimientos financieros y GMF), es pertinente separar las preguntas, para efectos de su respuesta, así:

**¿A quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿si hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos?**

En el contrato interadministrativo se pactó expresamente que los rendimientos financieros que generaran los recursos entregados por el DNP a Enterritorio serían de propiedad de esta entidad, sin ninguna salvedad o excepción. Tal estipulación es coherente con el alcance del contrato y las obligaciones asumidas por las partes. En consecuencia, y en desarrollo de los principios de la autonomía de la voluntad, de la buena fe y de la fuerza obligatoria de los contratos (pacta sunt servanda), Enterritorio no estaría obligado a devolver al DNP los rendimientos financieros obtenidos con las sumas aportadas por dicho organismo que no fueron ejecutadas.

Por el contrario, y dado que la Sala considera que los rendimientos financieros pactados en el contrato constituían una especie de remuneración adicional para Enterritorio (además de la “cuota de gerencia”) por la efectiva realización de las actividades y la prestación de los servicios a su cargo, tal como ocurre con la denominada “cuota de gerencia”, se infiere que Enterritorio solo podría tener derecho a percibir la totalidad de esta remuneración (rendimientos) si ejecutaba cabalmente la totalidad de sus obligaciones, mas no cuando incurriera en un incumplimiento parcial, como sucedió en el caso de la consulta.

Por tal razón, la Sala considera que Enterritorio debe reconocer y pagar o devolver al DNP, dentro del plazo que las partes acuerden, los rendimientos financieros generados por las sumas de dinero que esa entidad debería reintegrar, según lo explicado en este concepto, por haber incurrido en un incumplimiento parcial de sus obligaciones.

En dicho caso, los rendimientos a devolver serían aquellos que se hayan causado, sobre las sumas mencionadas, desde el momento en que se produjeron hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo al DNP.

**Qué sucede con los gravámenes a los movimientos financieros - GMF- causados y pagados con cargo a los recursos contractuales no ejecutados?**

Con respecto al gravamen a los movimientos financieros (GMF), la Sala considera que el costo del tributo pagado efectivamente por Enterritorio (mediante la retención practicada por las entidades financieras) no debe ser asumido por el DNP, en relación con los recursos que Enterritorio deba reintegrarle a la liquidación del contrato interadministrativo, debido a que, si el valor de dicho impuesto fuera deducido o descontado por Enterritorio de las sumas a devolver al DNP, este organismo no recibiría una indemnización integral del perjuicio económico (daño emergente) sufrido por el incumplimiento parcial del contrato, atribuible a Enterritorio.

5. ¿De acuerdo con los antecedentes y demás circunstancias fácticas relacionadas en el escrito inicial y con las preguntas que se hacen en este complemento, es posible, bajo las condiciones descritas, liquidar el contrato y en qué forma?

Tal como se menciona en la respuesta a la primera pregunta, y se desarrolla en la parte considerativa, no solamente es viable liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo, sino que, en opinión de la Sala, es la forma más adecuada, razonable, segura y, por lo tanto, recomendable para solucionar las controversias jurídicas planteadas en la consulta.

Remítase al director general del Departamento Nacional de Planeación, a la gerente general de la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial, a la directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Procuraduría General de la Nación (Delegada ante el Consejo de Estado) y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

### CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

Debe recordarse, en primer lugar, que, según el artículo 332 de la Carta, “[e]l Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes” [se subraya].

En armonía con esta norma, el artículo 360 *ibidem*, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 5 de 2011, dispone que “la explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o contraprestación que se pacte”.

El segundo inciso de esta norma dispone que la ley regulará la distribución, los objetivos, la administración, la ejecución, el control, el uso y la destinación de esos ingresos, así como las condiciones de participación de sus beneficiarios. Y precisa que este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías (en adelante, SGR).

Sobre la naturaleza de las regalías, la Corte Constitucional ha dicho que son “una contraprestación económica que percibe el Estado de las personas a quienes se les concede el derecho a explotar los recursos naturales no renovables en determinado porcentaje sobre el producto bruto explotado”.

En forma complementaria, el artículo 361 superior, modificado por los Actos Legislativos 5 de 2011, 4 de 2017 y 5 de 2019, establece que los “ingresos corrientes” del SGR deben destinarse a financiar proyectos de inversión que contribuyan al desarrollo económico, social y ambiental de las entidades territoriales, que estén en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de esas entidades.

El mismo precepto dispone que la ley referida en el inciso segundo del artículo 360 debe señalar, entre otras cosas, la forma de priorizar los proyectos para ciertos fines (agua potable, saneamiento básico, infraestructura educativa, etc.), así como “los procesos e instancias de decisión que participen en los proyectos de inversión”.<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-075 de 1993, T-141 de 1994, C-567 de 1995, C-691 de 1996 y C-221 de 1997, citadas en la Sentencia C-427 del 29 de mayo de 2002, expediente D-3822.

Igualmente, establece la manera en que deben distribuirse los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables (regalías y compensaciones), entre las entidades territoriales, los fondos y los demás organismos públicos beneficiarios, así como entre los sectores y objetivos priorizados, incluyendo un porcentaje de hasta el 2% para financiar el funcionamiento, la operación y la administración del sistema.

Finalmente, el artículo 361 de la Carta preceptúa que el SGR tendrá un presupuesto propio, para periodos de 2 años, que no formará parte del Presupuesto General de la Nación y se regirá por las normas orgánicas que el Congreso de la República expida, con fundamento en el artículo 151 de la Constitución

|   |  |  |  |
|---|--|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>Controversia suscitada entre el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC) y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (Enterritorio), antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), en la ejecución del Contrato Interadministrativo núm. 989/212039 del 1 de noviembre de 2012, por medio del cual Fonade se obligó con FonTIC a realizar la gerencia integral del proyecto de los Puntos Vive Digital Fase 1 para la extensión de la red de internet en el país.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Transporte</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Édgar González<br/>López</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>00002PL</p> <p><b>Fecha:</b><br/>16 de diciembre de 2019</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia<br/>Quimbayo<br/>Duarte</p> |
|---|--|--|--|

## CONSULTA

1. ¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y Enterritorio respecto de los 6 PVD que no han podido ser donados como consecuencia del acaecimiento de las circunstancias antes explicadas?
2. Teniendo en cuenta que, el cumplimiento de la obligación de la donación de los PVD se ha probado por parte de Enterritorio mediante escrituras públicas, en aquellos casos en que no se cuenta con copia de dicha escritura. ¿Cuál sería el mecanismo idóneo diferente a la copia de la misma, para evidenciar el cumplimiento de la obligación por parte de Enterritorio?
3. Habida cuenta que existe un desacuerdo entre las partes sobre quién debe asumir el costo de la prueba del cumplimiento de la obligación de donación de PVDs, se solicita analizar quién debe asumir dicho costo: FonTIC con cargo al proyecto; Enterritorio con cargo al proyecto o Enterritorio con recursos propios.
4. Teniendo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo número 989/212039 de 2012 ya finalizó, ¿es posible que Enterritorio liquide los contratos y/o convenios derivados o suscritos con ocasión del contrato interadministrativo mencionado, cuya liquidación no ha podido tener lugar hasta el momento, dadas las circunstancias antes explicadas? De no ser así, ¿con qué alternativas jurídicas no litigiosas cuentan FonTIC y Enterritorio a ese respecto?

5. ¿Sería viable acordar un plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales (relacionadas con donaciones y liquidación de la contratación derivada) antes de iniciar un proceso de incumplimiento entre 2 entidades estatales?
6. De considerarse viable un acuerdo entre las partes, ¿cuál sería el mecanismo jurídico formal que contendría el detalle del acuerdo?
7. ¿Se puede considerar el mencionado acuerdo entre las partes, como una facultad de la Administración para alcanzar la finalidad prevista en el contrato? ¿Esto se podría entender como una manera de agotar todos los mecanismos antes de recurrir a la jurisdicción administrativa?
8. Teniendo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo número 989/212039 de 2012 ya finalizó, y que el PVD del Municipio de Guapi, Departamento del Cauca no pudo ser implementado por las razones ya explicadas, ¿qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y Enterritorio respecto de ese PVD?
9. ¿Se considera viable jurídicamente que se pague a Enterritorio el costo de la infraestructura tecnológica que adquirió esa entidad, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como los costos asociados (bodegaje) para la implementación de un PVD en ese municipio, como consecuencia de las razones antes explicadas, y que podrían no ser atribuibles a Enterritorio?
10. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, ¿puede el FonTIC recibir y disponer de esos bienes?
11. En caso de que la respuesta a la pregunta número 9 sea negativa, ¿qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y Enterritorio a ese respecto?
12. ¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro parcial de la Cuota de Gerencia a favor de Enterritorio, descontando el valor por concepto de cuota de gerencia del PVD no implementado (Guapi), o descontando parcialmente el valor únicamente por la instalación de ese PVD? Para dar respuesta a esta pregunta, se ruega tener en cuenta que la puesta en funcionamiento del PVD del municipio Guapi incluía la adquisición de elementos, y la instalación de la red eléctrica y de datos, la instalación del mobiliario y la señalética, más otras adecuaciones del sitio para implementar el PVD.
13. ¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro de la Cuota de Gerencia a favor de Enterritorio, descontando parcialmente del valor, por concepto de cuota de gerencia de las actividades del PVD que no se implementó ni donó y que corresponde al Municipio de Guapi - Departamento del Cauca, así como también de los PVD que a la fecha de radicación de esta consulta no han sido donados, como consecuencia de las circunstancias antes explicadas?
14. Teniendo en cuenta el clausulado del Contrato Interadministrativo número 989/212039 de 2012, y lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, ¿cuál sería el plazo de liquidación de dicho contrato interadministrativo?

## RESPUESTA

1. ¿Qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y Enterritorio respecto de los 6 PVD que no han podido ser donados como consecuencia del acaecimiento de las circunstancias antes explicadas?

La alternativa jurídica no litigiosa que pueden implementar FonTIC y Enterritorio para superar las controversias presentadas con ocasión del contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012, consiste en la liquidación bilateral del contrato. Resalta la Sala que dicha liquidación debe ser bilateral para dar solución a sus diferencias, conforme quedó expuesto en la parte considerativa.

Ahora bien, en relación con el objeto de la pregunta, sea lo primero señalar que si bien es cierto en la solicitud de concepto las partes manifestaron que hacían falta por donar 6 PVD, con posterioridad y con ocasión de los requerimientos realizados por el Despacho del Magistrado Ponente y las reuniones adelantadas, FonTIC y Enterritorio confirmaron que solo está pendiente por donar 1 PVD que es el correspondiente al municipio de Buenaventura.

En ese sentido se debe aclarar que, si bien el PVD fue instalado y se encuentra en funcionamiento desde el mes de julio de 2018, según la información remitida por Enterritorio, no se ha perfeccionado el acto jurídico de la donación, esto es, no se ha elevado a escritura pública, tal y como lo demandan los artículos 1458 y 1460 del Código Civil, por cuanto la Alcaldía de Buenaventura no ha cumplido con los trámites requeridos para su elaboración y suscripción.

De acuerdo con la documentación aportada por Enterritorio, dicha entidad ha adelantado todas las actividades tendientes a perfeccionar la donación, como se desprende del contenido de los requerimientos citados en el presente concepto y de las gestiones adelantadas ante la notaria. No obstante, ha sido la Alcaldía del municipio de Buenaventura la autoridad que no ha desplegado las actividades pertinentes y oportunas para el efecto, las cuales, además, según lo indicado por Enterritorio, presentarán una demora adicional por el cambio de alcalde.

La situación expuesta deberá quedar expresa en el acta de liquidación. En dicho documento, se deben consignar tanto las gestiones adelantadas por Enterritorio para cumplir con la obligación de donación de que trata el numeral 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo, como la renuencia del municipio de Buenaventura. Considera la Sala, como ya se ha mencionado, que la liquidación bilateral permitirá a las partes dar solución no solo a este aspecto, sino a la totalidad de las controversias planteadas, en atención a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

Se resalta, como se indicó en la parte considerativa, que si bien se previó respecto de Enterritorio la obligación de donar la infraestructura técnica de cada PVD, también es cierto que los entes territoriales, en general, para ser beneficiarios de la asignación de dichos puntos, se obligaron, entre otros asuntos, a recibir la donación y a adelantar todas las medidas necesarias para el efecto. Esta obligación está expresa en el contrato interadministrativo núm. 989/212039 y en el convenio interadministrativo suscrito con los entes territoriales y deviene del momento en que se presentaron a la convocatoria que realizó FonTIC para determinar los municipios favorecidos con los PVD.

Por otra parte, las circunstancias señaladas respecto del municipio de Buenaventura, no son óbice para que FonTIC y Enterritorio insistan en el perfeccionamiento del acto de donación del PVD correspondiente, así como se ha presentado en relación con los otros PVD, sobre los cuales estaba pendiente dicha obligación.

Sobre este aspecto, de acuerdo con los modelos de los convenios celebrados entre Enterritorio y las entidades territoriales, Enterritorio cuenta con la facultad de requerir la devolución de los bienes cuando la entidad territorial incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato. Estima la Sala que este aspecto debe ser recordado al municipio, para lograr su concurso en el perfeccionamiento del acto jurídico.

Finalmente observa la Sala que si bien Enterritorio en atención a los contratos celebrados con los entes territoriales, está llamado a adelantar todas las gestiones pertinentes para cumplir con la obligación de donación pactada, FonTIC, en los términos del contrato interadministrativo, también tiene una labor determinante en el cumplimiento de dicha obligación.

Al respecto, la Sala considera necesario recordar que según la cláusula octava del contrato interadministrativo a FonTIC le corresponde “[...] articular las acciones pertinentes a ejecutar por parte de FONADE, Entidades Públicas/Territoriales, y los Proveedores de bienes del servicio de conectividad, así como la Interventoría”, de manera que “[...] redunden en el cumplimiento oportuno de los compromisos del FONDO TIC con las regiones”.

De acuerdo con el contrato, FonTIC podrá hacer las recomendaciones que considere necesarias para el cabal desarrollo del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones de las partes. En ese orden, estima la Sala que es fundamental su participación para lograr el cumplimiento de las obligaciones por parte del municipio de Buenaventura.

2. Teniendo en cuenta que, el cumplimiento de la obligación de la donación de los PVD se ha probado por parte de Enterritorio mediante escrituras públicas, en aquellos casos en que no se cuenta con copia de dicha escritura. ¿Cuál sería el mecanismo idóneo diferente a la copia de esta, para evidenciar el cumplimiento de la obligación por parte de Enterritorio?

La escritura pública es el medio de prueba idóneo para acreditar el cumplimiento de la obligación de donación a cargo de Enterritorio. Lo anterior, por disposición de los ya referidos artículos 1458 y 1460 del Código Civil. Por tal razón, no existe otro mecanismo idóneo diferente a este que permita establecer el perfeccionamiento del acto jurídico en comento.

Como se ha señalado, acreditar el cumplimiento de dicha obligación, le corresponde a Enterritorio en virtud de lo dispuesto en los numerales 1 y 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo núm. 989/212039 de 2012.

3. Habida cuenta que existe un desacuerdo entre las partes sobre quién debe asumir el costo de la prueba del cumplimiento de la obligación de donación de PVD, se solicita analizar quién debe asumir dicho costo: FonTIC con cargo al proyecto; Enterritorio con cargo al proyecto o Enterritorio con recursos propios.

El costo de la prueba que acredite el acto jurídico de donación de la infraestructura técnica de los PVD es del resorte de Enterritorio, tal y como se desprende de la cláusula tercera del contrato y según las consideraciones expuestas. Como ya se ha señalado, Enterritorio tiene a cargo la obligación de donar el equipamiento técnico mediante la suscripción del acto en el que se materialice la donación; por consiguiente, obtener la prueba que demuestre el cumplimiento de dicha obligación, está a su cargo. Este deber deviene de manera explícita de los numerales 1 y 4 de la cláusula citada en precedencia.

La Sala considera pertinente anotar que Enterritorio es una entidad financiera, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y cuenta con una larga trayectoria en la ejecución de estas actividades que lo hacen experto e idóneo en la materia, aspecto que además quedó consignado en la parte considerativa del contrato.

Es decir, una de las razones que sustentó la celebración del contrato de Fonade, hoy Enterritorio, es su experticia en este tipo de contratos; por lo tanto, le incumbe a esta Entidad un mayor grado de exigencia en la diligencia debida para conocer el instrumento legal de donación y, por contera, los costos asociados. En consecuencia, a juicio de la Sala, debió incluir dichos costos en el respectivo presupuesto. Si no lo hizo, corresponde a una omisión a su cargo.

En consideración de la Sala, obligaciones como las incorporadas en los numerales 1 y 4 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo, exigían que Enterritorio presupuestara y previera el costo de la prueba idónea que acreditara el cumplimiento de las obligaciones que asumía, en particular, la requerida para demostrar que se materializó la obligación de donación de la infraestructura de los PVD.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la respuesta a la pregunta formulada, en relación con quién debe asumir los costos relativos a demostrar el cumplimiento de la obligación de donación, es Enterritorio.

4. Teniendo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo número 989/212039 de 2012 ya finalizó, ¿es posible que Enterritorio liquide los contratos y/o convenios derivados o suscritos con ocasión del contrato interadministrativo mencionado, cuya liquidación no ha podido tener lugar hasta el momento, dadas las circunstancias antes explicadas? De no ser así, ¿con qué alternativas jurídicas no litigiosas cuentan FonTIC y Enterritorio a ese respecto?

De acuerdo con lo indicado en la solicitud de concepto y la documentación remitida por las partes, de los 13 contratos derivados suscritos por Enterritorio, a la fecha están liquidados 12, quedando pendiente solo el de NEC.

Ahora bien, en relación con la pregunta de si es factible que Enterritorio liquide los contratos derivados (bajo el entendido de que solo se trata del contrato de NEC), vencido el plazo del contrato interadministrativo núm. 989/212039, la Sala considera que no solamente es viable, sino que jurídicamente es lo procedente en los términos de la ley y el contrato.

En ese sentido, hay que señalar que la obligación de liquidar los contratos derivados está prevista en el numeral 7 de la cláusula tercera del contrato interadministrativo núm. 989/212039 y a su turno, en la cláusula décima séptima del contrato suscrito con NEC.

Asimismo, adelantar la liquidación del contrato derivado con NEC en el menor tiempo posible, evitará que se incrementen los costos que se están generando en razón al bodegaje de los equipos adquiridos en nombre del FonTIC y, además, facilitará que las partes puedan dar por finalizada la relación contractual.

Para tales efectos, por una parte, se deben recibir los bienes objeto de la infraestructura técnica que no fueron instalados ni donados por hechos no imputables a Enterritorio y no imputables a NEC, y que a la fecha pertenecen a FonTIC, precisamente por no haber sido donados. Por otra parte, se deben reconocer a NEC los costos derivados de la adquisición de la respectiva infraestructura y los de bodegaje, teniendo en cuenta en todo caso que dichos costos deben estar debidamente soportados y probados.

Debe aclarar la Sala igualmente, que la terminación de la vigencia de un contrato en manera alguna extingue las obligaciones de entregar o recibir que estuvieran pendientes. Por lo tanto, estas pueden llevarse a cabo en forma previa a su liquidación, justamente con la finalidad antes señalada, esto es, evitar que se generen o causen erogaciones adicionales.

Es importante, en todo caso, que en el acta de liquidación del contrato interadministrativo entre FonTIC y Enterritorio se deje constancia de los términos en que se realice la liquidación.

5. ¿Sería viable acordar un plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales (relacionadas con donaciones y liquidación de la contratación derivada), antes de iniciar un proceso de incumplimiento entre 2 entidades estatales?

6. De considerarse viable un acuerdo entre las partes, ¿cuál sería el mecanismo jurídico formal que contendría el detalle del acuerdo?

7. ¿Se puede considerar el mencionado acuerdo entre las partes, como una facultad de la Administración para alcanzar la finalidad prevista en el contrato? ¿Esto se podría entender como una manera de agotar todos los mecanismos antes de recurrir a la jurisdicción administrativa?

No. Finalizada la vigencia del contrato no es viable que las partes definan un plazo adicional para el cumplimiento de las obligaciones del contrato, tal y como se ha dejado expuesto en la parte considerativa. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones expuestas en la respuesta a la pregunta núm. 4.

8. Teniendo en cuenta que el plazo del Contrato Interadministrativo número 989/212039 de 2012 ya finalizó, y que el PVD del Municipio de Guapi, Departamento del Cauca no pudo ser implementado por las razones ya explicadas, ¿qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y Enterritorio respecto de ese PVD?

9. ¿Se considera viable jurídicamente que se pague a Enterritorio el costo de la infraestructura tecnológica que adquirió esa entidad, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como los costos asociados (bodegaje) para la implementación de un PVD en ese municipio, como consecuencia de las razones antes explicadas, y que podrían no ser atribuibles a Enterritorio?

10. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, ¿puede el FonTIC recibir y disponer de esos bienes?

11. En caso de que la respuesta a la pregunta número 9 sea negativa, ¿qué alternativas jurídicas no litigiosas pueden implementar FonTIC y Enterritorio a ese respecto?

De acuerdo con la documentación remitida por las partes y el análisis realizado en la parte considerativa, la instalación del PVD en el municipio de Guapi no pudo realizarse en la medida en que el ente territorial no cumplió con la obligación de adecuar el sitio físico según los requerimientos técnicos previstos para el efecto, anunciados desde el momento de la convocatoria para la asignación de los PVD.

De esta manera, las razones por las cuales no se habría llevado a cabo la instalación del equipamiento técnico del PVD en el municipio de Guapi, no son atribuibles a Enterritorio, entidad que, según la documentación aportada, adelantó las gestiones respectivas, que le eran exigidas según el contrato para lograr dicho objetivo, incluso el de requerir a FonTIC para que fuera asignado otro punto para la instalación de un PVD.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que Enterritorio en cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, adquirió una infraestructura técnica en nombre del FonTIC y habría incurrido en costos asociados para garantizar su custodia y conservación, como los relacionados con el bodegaje, es preciso que proceda a la entrega de dichos bienes a FonTIC, entidad que tiene la obligación de recibirlos.

Es de recordar que en la medida en que el equipamiento técnico no fue instalado ni donado al municipio de Guapi, dicha infraestructura es propiedad de FonTIC y, por consiguiente, puede disponer de dichos bienes una vez estos le sean entregados.

Ahora bien, las obligaciones de entregar y recibir pueden materializarse aún antes de la liquidación. En efecto, es viable jurídicamente adelantar el cumplimiento de tales obligaciones, con la finalidad de evitar el incremento de los costos asociados a la tenencia del equipamiento técnico adquirido, dado que se trata de prestaciones pactadas en el contrato.

Con posterioridad, en el acta de liquidación, deberá dejarse constancia de la entrega y recibo de los bienes que conforman la infraestructura, así como del reconocimiento y pago de los costos asociados. De igual forma, es preciso que se incorporen en el acta, las circunstancias que no permitieron que dicha infraestructura fuera instalada en el municipio de Guapi.

12. ¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro parcial de la Cuota de Gerencia a favor de Enterritorio, descontando el valor por concepto de cuota de gerencia del PVD no implementado (Guapi), o descontando parcialmente el valor únicamente por la instalación de ese PVD? Para dar respuesta a esta pregunta, se ruega tener en cuenta que la puesta en funcionamiento del PVD del municipio Guapi incluía la adquisición de elementos, y la instalación de la red eléctrica y de datos, la instalación del mobiliario y la señalética, más otras adecuaciones del sitio para implementar el PVD.

Es jurídicamente viable que se pague a Enterritorio el valor completo de la cuota de gerencia, teniendo en cuenta que la no instalación del PVD en el municipio de Guapi obedeció a circunstancias atribuibles al municipio y no a Enterritorio.

En ese sentido, es importante recordar que Enterritorio demostró haber adelantado todas las gestiones y actividades correspondientes tendientes a lograr la instalación del PVD en el municipio de Guapi, y cuando se estableció que dicho punto no era viable, acudió al procedimiento previsto por las partes, que era establecer otro punto de instalación. A pesar de que Enterritorio requirió a FonTIC para que le informara sobre el nuevo sitio para la instalación del PVD, FonTIC no se pronunció durante la vigencia del contrato, como quedó expuesto en la parte motiva.

Asimismo, debe reiterarse que los recursos que no hayan sido ejecutados en el proyecto deberán ser reintegrados a FonTIC.

13. ¿Es jurídicamente viable efectuar la autorización del cobro de la Cuota de Gerencia a favor de Enterritorio, descontando parcialmente del valor, por concepto de cuota de gerencia de las actividades del PVD que no se implementó ni donó y que corresponde al Municipio de Guapi - Departamento del Cauca, así como también de los PVD que a la fecha de radicación de esta consulta no han sido donados, como consecuencia de las circunstancias antes explicadas?

En relación con la cuota de gerencia que debe reconocerse a Enterritorio respecto de los hechos relacionados con la instalación del PVD del municipio de Guapi, se reitera lo expuesto en la respuesta a la pregunta número 12.

Sobre los PVD no donados, se ratifica que las partes manifestaron que solo está pendiente el correspondiente al municipio de Buenaventura.

Ahora bien, la Sala considera que el valor de la cuota de gerencia que debe reconocer FonTIC a Enterritorio en relación con el PVD en comento que no ha sido donado, debe pagarse en su totalidad.

En ese sentido hay que señalar que de acuerdo con la documentación aportada por Enterritorio, esta entidad habría ejecutado las actividades correspondientes a la ejecución del proyecto, esto es, la compra del equipamiento técnico, la instalación y puesta en funcionamiento del PVD en Buenaventura y, asimismo, formuló los requerimientos respectivos para que pudiera perfeccionarse el acto jurídico de la donación.

No obstante, lo único que está pendiente en relación con este punto es que el alcalde de Buenaventura suscriba la escritura pública.

Sobre el particular, la Sala encuentra necesario que tanto FonTIC como Enterritorio colaboren armónicamente como entidades públicas para lograr la donación del respectivo PVD, tal y como ha ocurrido respecto de los otros puntos sobre los cuales estaba pendiente el cumplimiento de dicha obligación.

14. Teniendo en cuenta el clausulado del Contrato Interadministrativo número 989/212039 de 2012, y lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, ¿cuál sería el plazo de liquidación de dicho contrato interadministrativo?

Las partes podrían adelantar la liquidación del mencionado contrato interadministrativo en forma bilateral hasta el 31 de marzo de 2021, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa del presente concepto.

### **CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES**

En cuanto a los aspectos en común entre los contratos y los convenios interadministrativos, la Sala destaca la autonomía de la voluntad como principio que rige su celebración y ejecución, y que deba perseguirse una sola finalidad, esto es, la satisfacción del interés general y del Estado, independientemente del pacto de un precio o remuneración y, en consecuencia, en cumplimiento de la ley y la Constitución. En ese sentido, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 advierte que, en la contratación estatal, los servidores públicos tendrán en consideración tanto en la celebración como en la ejecución de contratos, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 indica que las entidades públicas deben actuar en atención a los principios de la función administrativa, esto es, en garantía del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

|  |  |   |   |
|--|--|---|---|
| <p><b>Asunto</b></p> <p>contratos y convenios interadministrativos. Incumplimiento contractual. Multas, declaratorias de incumplimiento y cláusula penal. Procedimiento para la imposición unilateral de las multas y declaratorias de incumplimiento. Instrumentos jurídicos para asegurar el cumplimiento de contratos y convenios interadministrativos.</p> <p><b>Entidad consultante:</b></p> <p>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b></p> <p>Álvaro Namén Vargas</p> | <p><b>Radicación:</b></p> <p>2257</p> <p><b>Fecha:</b></p> <p>26 de julio de 2016</p> | <p><b>Elaboró:</b></p> <p>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|--|--|---|---|

## CONSULTA

1. “¿Los supuestos de hecho del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se aplican a cualquier tipo de contrato estatal, entre estos a los convenios interadministrativos de cofinanciación?”
2. En el evento en que la respuesta anterior sea negativa, ¿cuáles serían los casos en que no es posible aplicar lo previsto en las mencionadas disposiciones y cuál el fundamento jurídico de la restricción para su aplicación?”
3. En el evento en que los convenios interadministrativos de cofinanciación sean considerados como uno de los contratos no cobijados por lo previsto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, ¿cuáles serían los instrumentos y/o herramientas jurídicas con las cuales contaría el Ministerio del Interior, para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por sus cocontratantes en los convenios de cofinanciación que celebra y salvaguardar los recursos públicos comprometidos a través de estos?

## RESPUESTA

1. “¿Los supuestos de hecho del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se aplican a cualquier tipo de contrato estatal, entre estos a los convenios interadministrativos de cofinanciación?”

La noción de *contrato* prevista en del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, corresponde a todo tipo de contratos estatales cuya ejecución se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluidos los interadministrativos; y *contratista*, no solo incluye a los particulares, sino a las entidades públicas que voluntariamente han asumido dicha posición contractual.

Así las cosas, teniendo en cuenta la diferencia entre contratos y convenios interadministrativos, es posible concluir que en los contratos interadministrativos resulta procedente ejercer las competencias o potestades unilaterales de la Administración para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, mientras que ello no es admisible en los convenios interadministrativos puros u originales. Se exceptúa el caso de los *convenios interadministrativos* que comporten el pago de un valor económico (precio o remuneración), como ocurre con los de cofinanciación celebrados por el Ministerio del Interior y que motivaron esta consulta, es decir, aquellos cuyo objeto contemple obligaciones de contenido patrimonial, los cuales, aunque se denominen así, se someterán al mismo régimen de los contratos interadministrativos, conforme a las consideraciones realizadas en la parte motiva y, por lo tanto, en ellos es jurídicamente viable la aplicación de los supuestos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Como se analizó, la exclusión de los poderes exorbitantes en los convenios interadministrativos estriba en el hecho de que los sujetos públicos parten de estos y sus intereses, se encuentran en pie de igualdad; por el contrario, si existe desigualdad entre los fines e intereses de las 2 entidades estatales, es claro que no deberá prescindirse de los privilegios unilaterales y es menester, por tanto, su aplicación por parte de la Administración contratante.

2. “En el evento en que la respuesta anterior sea negativa ¿cuáles serían los casos en que no es posible aplicar lo previsto en las mencionadas disposiciones y cuál el fundamento jurídico de la restricción para su aplicación?”

La Sala se remite a la respuesta anterior.

3. “En el evento en que los convenios interadministrativos de cofinanciación sean considerados como uno de los contratos no cobijados por lo previsto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 ¿cuáles serían los instrumentos y/o herramientas jurídicos con los cuales contaría el Ministerio del Interior, para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por sus co-contratantes en los convenios de cofinanciación que celebra y salvaguardar los recursos públicos comprometidos a través de estos?”

Los convenios interadministrativos de cofinanciación celebrados por el Ministerio del Interior con cargo al FONSECON sí están cobijados por los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, siempre que en su objeto se incluyan obligaciones de contenido patrimonial o comporten intereses puramente económicos y, por lo mismo, se someterán al mismo régimen de los contratos interadministrativos.

En consecuencia, respecto de tales convenios de cofinanciación será posible aplicar las potestades y el procedimiento descrito en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal (previamente pactada) y la garantía (declaratoria de siniestro, artículo 7 de la Ley 1150 de 2007).

Con todo, la inhabilidad por incumplimiento reiterado prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, con fundamento en la imposición de multas o declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos, no se predica respecto de las entidades estatales contratistas destinatarias de las mencionadas potestades unilaterales, de conformidad con las consideraciones de este concepto

Además, es posible en los contratos interadministrativos el ejercicio de otros poderes o potestades unilaterales señaladas en la ley como la liquidación unilateral (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 núm. 2 literal j de la Ley 1437 de 2011) y la terminación unilateral por nulidad absoluta en los casos previstos en la ley (artículo 45 de la Ley 80 de 1993).

Por otra parte, para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los partícipes de un *convenio interadministrativo* propiamente dicho y salvaguardar los recursos públicos comprometidos, las entidades estatales al celebrar tales convenios y, con base en los estudios previos, pueden:

- Exigir que el convenio incluya un pacto de *conocimiento y diligencia*, en el sentido de que los partícipes conocen la trascendencia o importancia del convenio en atención a los deberes constitucionales y legales que con ese negocio jurídico se pretenden atender, así como la capacidad institucional, la idoneidad de su equipo humano y la disponibilidad para cumplir con el objeto del convenio interadministrativo;
- Requerir garantías como una medida proporcionada para prevenir el riesgo de cumplimiento, en clara aplicación del deber de planeación y los principios de economía, responsabilidad y precaución;
- En atención a los principios de transparencia, responsabilidad y precaución, lo que se refleja en el deber especial de supervisar en forma permanente la ejecución del convenio, se señalará la necesidad de actuar a través de un supervisor o interventor del convenio, según el caso;
- Con el fin de proteger el interés general al que las entidades partícipes del convenio aportan desde su ámbito funcional, puede pactarse la terminación anticipada del negocio jurídico, bien sea por el mutuo disenso o a través de condiciones resolutorias expresas por incumplimiento;
- Con el fin de compeler a los partícipes del convenio a cumplirlo se podrán pactar multas o cláusulas penales, pero la declaratoria de incumplimiento o la imposición de las multas o cláusulas penales, así como su ejecución, corresponderá al juez del convenio y, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas del derecho común.
- Establecer los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, así como pactar expresamente las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.

Todo lo anterior sin perjuicio del deber jurídico concreto que tienen los servidores públicos que representan a las entidades que celebraron el convenio, en relación con su cumplimiento de buena fe, bajo la carga de especial *diligencia* que compromete a las entidades estatales en la garantía de la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y la satisfacción de los intereses generales a los que está obligada la Administración (artículos 1, 2 y 209 CP), pues eventos de incumplimiento comprometen la responsabilidad contractual de las entidades y personal de los servidores públicos.

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

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

La Sala ha sostenido de manera reiterada que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), libertad de competencia (art. 333 C.P.) imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.), así como los principios de transparencia, economía y responsabilidad (particulares de esta actividad y contenidos en la Ley 80 de 1993, arts. 23 a 27), junto con la selección objetiva que ordena la Ley 1150 de 2007 (art. 5).

Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal que el Legislador enuncia, precisa y regula de manera concreta en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, según señaló la Corte Constitucional “no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que esta se realice”.

## 2.

# Conceptos de la sala sobre la aplicación de la Ley de garantías electorales

# Conceptos de la sala sobre la aplicación de la Ley de garantías electorales

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Asunto:</b><br/>actuaciones administrativas que deben surtirse con ocasión de la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia C-153 de 2022, respecto de los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>María del Pilar Bahamón</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>2489</p> <p><b>Fecha:</b><br/>13 de diciembre de 2022</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|---|---|---|--|

## CONSULTA

1. En el marco de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir en aquellos convenios interadministrativos en que se encuentra en plena ejecución y en las siguientes circunstancias: 1.1 Con cabal cumplimiento del objeto y de las obligaciones contractuales. 1.2 Con presunto incumplimiento del objeto y/o de las obligaciones contractuales?
2. ¿Tratándose de convenios interadministrativos que se suscribieron invocando en sus estudios previos razones de seguridad y defensa, argumento relativo a la excepción de la restricción prevista en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, pero que al parecer habrían sido suscritos por Alcaldes inmersos en la prohibición o restricción expresa para hacerlo de que trata el parágrafo del artículo 38 de la misma ley 996 de 2005, cuál es el procedimiento que debe seguir el Ministerio del Interior frente a dichos convenios?
3. ¿Procede la aplicación de las cláusulas de multa y penal pecuniaria a los entes territoriales que no han cumplido con el objeto y/o las obligaciones pactadas en los convenios interadministrativos de cofinanciación suscritos con el Ministerio del Interior? ¿En caso afirmativo cuáles son las condiciones mínimas que se deben observar para su procedencia?
4. ¿Deben ser objeto de terminación y liquidación, todos los convenios interadministrativos suscritos a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la terminación de la restricción de ley de garantías, sin distingo alguno?

## RESPUESTA

1. “En el marco de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir en aquellos convenios interadministrativos que se encuentran en plena ejecución, y en las siguientes circunstancias: 1.1 Con cabal cumplimiento del objeto y de las obligaciones contractuales. 1.2 Con presunto incumplimiento del objeto y/o de las obligaciones contractuales?”

La Corte Constitucional, en su fallo erga omnes confirió efectos retroactivos a su decisión, debido a que estimó necesario restablecer el orden constitucional y “sancionar una violación flagrante y deliberada de la Constitución”.

Entonces, para efectos de cumplir lo ordenado en la sentencia C-153 de 2022, los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que se encuentren en ejecución, deben ser terminados y liquidados inmediatamente sin perjuicio de la devolución de los recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a que haya lugar entre las entidades que los suscribieron. Si alguna de las entidades que son parte en los convenios se niega a terminarlos y/o a liquidarlos, la otra estaría facultada para demandar la terminación y/o la liquidación a efectos de obtener la devolución de los recursos públicos a que haya lugar.

2. Tratándose de convenios en plena ejecución, si se ha dado cabal cumplimiento al objeto y obligaciones pactados, se reconocerán los valores correspondientes a lo ejecutado, y se dispondrá y efectuará la devolución de los recursos girados y no ejecutados, todo, antes de la fecha del comunicado oficial de la sentencia.

Si, por el contrario, existe incumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, no puede efectuarse pago alguno relativo a dicho incumplimiento, y en caso de haberse girado recursos, deberá disponerse y efectuarse su devolución.

“¿Tratándose de convenios interadministrativos que se suscribieron invocando en sus estudios previos razones de seguridad y defensa, argumento relativo a la excepción de la restricción prevista en el artículo 32 (sic) de la ley 996 de 2005<sup>335</sup>, pero que al parecer habrían sido suscritos por Alcaldes inmersos en la prohibición o restricción expresa para hacerlo de que trata el parágrafo del artículo 38 de la misma ley 996 de 2005, cuál es el procedimiento que debe seguir el Ministerio del Interior frente a dichos convenios?”

Pese a que la Sala advierte que la pregunta está formulada en términos imprecisos y parte de una suposición, atendiendo las consideraciones expuestas en el presente concepto, responde de la siguiente manera:

Los convenios cuyo fundamento jurídico fue la modificación que introdujo al artículo 38 de la Ley 996 de 2005, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, deberán ser terminados y liquidados inmediatamente.

3. “¿Procede la aplicación de las cláusulas de multa y penal pecuniaria a los entes territoriales que no han cumplido con el objeto y/o las obligaciones pactadas en los convenios interadministrativos de cofinanciación suscritos con el Ministerio del Interior? ¿En caso afirmativo cuáles son las condiciones mínimas que se deben observar para su procedencia?”

No. Conforme lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, y como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, los convenios celebrados en virtud de dicha norma deben ser terminados y liquidados de manera inmediata una vez expedido el comunicado oficial de esa decisión.

Así, vencido o extinguido el plazo contractual, no es posible ejercer la facultad de imponer multas, toda vez que el objeto de estas es conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Además, su declaración exigiría la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, todo lo cual desconocería el carácter perentorio del fallo.

En igual sentido, la declaratoria de incumplimiento y aplicación de la cláusula penal, cuyo límite temporal es la liquidación contractual, no es procedente, dado que ello también supondría el agotamiento del debido proceso dispuesto en el mencionado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cual no es posible ante la orden de terminación y liquidación inmediata de los convenios interadministrativos celebrados.

4. “¿Deben ser objeto de terminación y liquidación, todos los convenios interadministrativos suscritos a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la terminación de la restricción de ley de garantías, sin distingo alguno?”

Sí. Con la salvedad hecha por la Corte Constitucional, en el sentido que la Sentencia C-153 de 2021 no se predica respecto de los convenios que se hubieren suscrito para atender necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda.

Igualmente, el pronunciamiento de la corte no recae sobre los convenios celebrados en cumplimiento de una sentencia o providencia judicial proferida en una acción popular o de tutela.

En tal medida, los convenios que no se encuentren dentro de los supuestos antes descritos, deben ser terminados y liquidados inmediatamente.

### **CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES**

A lo largo del concepto se realizan distintos análisis de orden constitucional a partir de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y la forma de darles cumplimiento.

|  |   |   |  |
|--|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>Ley de Garantías Electorales respecto de contratación de prestación de servicios de salud de población no asegurada.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Salud y Protección Social</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Oscar Darío Amaya Navas</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>2371</p> <p><b>Fecha:</b><br/>12 de junio de 2018</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|--|---|---|--|

## CONSULTA

1. ¿Al entrar en vigencia la restricción prevista en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, pueden los entes territoriales suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado, para prestar servicios de salud a la población no asegurada y las acciones de salud que se brindan a la colectividad a través del Plan de Intervenciones Colectivas (PIC), teniendo en cuenta que es el legislador quien ha ordenado esa contratación y que por ende la misma no emana de la autonomía de la voluntad de los contratantes?
2. ¿Al confluir para las elecciones presidenciales las restricciones contempladas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 995 de 2005 y las restricciones establecidas en el artículo 33 ibidem, pueden los Entes territoriales como entidades sanitarias que son y las Empresas Sociales del Estado en su carácter de Entes Hospitalarios celebrar entre sí contratación directa, es decir, convenios interadministrativos, con el fin de cumplir con la obligación legal de prestar servicios de salud, acogiéndose a la excepción establecida en el artículo 33 de la referida Ley?

## RESPUESTA

1. Por su unidad temática, la Sala contestará las 2 preguntas formuladas en los siguientes términos:  
  
Durante la vigencia de la restricción prevista en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, las entidades territoriales no pueden suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado para la prestación de los servicios de salud a la población no asegurada, así como tampoco para el desarrollo y ejecución del Plan de Intervenciones Colectivas, de conformidad por lo expuesto en este concepto.  
  
Se exceptúa de la anterior prohibición la prestación de los servicios de salud en aquellos eventos en que ocurran emergencias sanitarias o de salubridad que requieran la atención o prestación inmediata y oportuna de los mismos.

Debe precisarse que el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 no habilita a las entidades territoriales para inobservar las prohibiciones que en materia de contratación establece la Ley de Garantías Electorales. Esta norma solamente dispone que las entidades territoriales pueden contratar con un sujeto calificado —Empresas Sociales del Estado o en su defecto con instituciones prestadoras de salud habilitadas— la prestación de los servicios de salud para la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con lo cual se garantice su prestación.

Además, toda vez que las entidades territoriales no son entidades sanitarias, no pueden suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado para la prestación de los servicios de salud. Por lo tanto, no les es aplicable la excepción prevista en el artículo 33 de la Ley 909 de 2005.

|   |  |   |   |
|---|--|---|---|
| <p><b>Asunto</b></p> <p>aplicación de la prohibición a la contratación directa, contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, frente a la eventual adjudicación y suscripción del contrato que instrumenta el proyecto de asociación público-privada (APP) que se tramita, relacionado con el galeón San José.</p> <p><b>Entidad consultante:</b></p> <p>Ministerio de Cultura</p> | <p><b>C.P.:</b></p> <p>Álvaro Namén Vargas</p> | <p><b>Radicación:</b></p> <p>2382</p> <p><b>Fecha:</b></p> <p>8 de mayo de 2018</p> | <p><b>Elaboró:</b></p> <p>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|---|--|---|---|

## CONSULTA

¿La suscripción del contrato de asociación público privada con el originador, en el evento de no presentarse ninguna manifestación de interés a la convocatoria pública realizada por el Ministerio de Cultura o de presentarse manifestaciones de interés que no cumplen los requisitos para ejecutar el proyecto, implica realizar una contratación directa que supondría la transgresión al artículo 33 de la Ley 996 de 2005?

## RESPUESTA

No. Conforme a lo explicado en este concepto, la eventual celebración del contrato que sirva para instrumentar la asociación público privada (APP) con el respectivo originador, en la hipótesis de que no se presente ninguna manifestación de interés por parte de terceros a la convocatoria pública efectuada por el Ministerio de Cultura, o que se presenten manifestaciones de interés que no cumplan con los requisitos exigidos para ejecutar el proyecto, no significa que se realice una contratación directa ni implica, por lo tanto, transgredir la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 (“Ley de Garantías Electorales”).

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

Con base en lo dispuesto en los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política, entre otros, el Congreso de la República expidió la Ley 1675 de 2013, cuyo objeto consiste en “establecer las condiciones para proteger, visibilizar y recuperar el Patrimonio Cultural Sumergido, establecido en el artículo 2 de la presente ley, así como ejercer soberanía y generar conocimiento científico sobre el mismo” (artículo 1). El artículo 2 ibidem define el “patrimonio cultural sumergido” como “todos aquellos bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base.

Hacen parte de este patrimonio los restos orgánicos e inorgánicos, los asentamientos, cementerios y toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacientes dentro de estas, cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón”, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 397 de 1997. (...) El procedimiento de selección que debe utilizar el Ministerio de Cultura, en nombre de la nación, cuando decida contratar con particulares cualesquiera de las actividades descritas en el artículo 4 de la Ley 1675 de 2013, en relación con el “patrimonio cultural sumergido”, es, en principio, el de la licitación pública, regulado en la Ley 80 de 1993. Esto, además, lo ratifica indirectamente el artículo 13 ibidem, cuando dispone: “ARTÍCULO 13. Procedimientos contractuales. El régimen contractual relacionado con el Patrimonio Cultural Sumergido, además de lo previsto en la Ley 80 de 1993, o las normas que la sustituyan o modifiquen, deberá observar procedimientos internacionalmente aceptados para acometer los trabajos de alta especificidad técnica de que trata la presente ley”. No obstante, el artículo 17 de la misma ley también permite expresamente que, para estos fines, se estructuren proyectos de asociación público-privada, conforme a la Ley 1508 de 2012, especialmente cuando la iniciativa del proyecto científico y cultural provenga de un particular, nacional o extranjero. (...) La Ley 1675 y su reglamentación facultan expresamente a la nación, por intermedio del Ministerio de Cultura, para utilizar el mecanismo de las asociaciones público privadas (APP), con el fin de contratar las actividades de exploración, intervención, aprovechamiento económico y preservación, o cualquiera de ellas, del “patrimonio cultural sumergido”, para lo cual remiten a la normatividad especial que regula dichos esquemas de negocio, que es la Ley 1508 de 2012 y aquellas que la han modificado o adicionado, junto con sus decretos reglamentarios. La aplicación de tales disposiciones a esta clase de APP, en todo lo no previsto de forma especial en el régimen del “patrimonio cultural sumergido”, fue ratificada por el artículo 2.7.3.8 del Decreto 1080 de 2015.

## 3.

# Principales conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia de lucha contra la corrupción

|  |   |  |  |
|--|---|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>responsabilidad de las personas jurídicas por participar en la conducta de soborno transnacional. Sanciones e inhabilidad para celebrar contratos estatales. Otras medidas que pueden adoptarse contra entidades por actos de corrupción</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Gobierno Nacional</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Álvaro Namén Vargas</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2425</p> <p><b>Fecha:</b><br/>16 de diciembre de 2019</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|--|---|--|--|

## CONSULTA

1. ¿La expresión del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, “[...] de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas [...]”, se interpreta para las personas (i) desde el momento de la realización de los hechos que dieron lugar a la sentencia penal o la declaración de la responsabilidad administrativa, o (ii) desde el momento en el que se declaró responsable penalmente a la persona natural o administrativamente a la persona jurídica.

2. Al realizar una interpretación integral de la Ley 1778 de 2016, se consulta ¿si la expresión del artículo 35 de la Ley 1778 de 2016 “[...] que se hayan buscado beneficiar”, se aplica también al artículo 31 ibidem, de manera que la inhabilidad solamente cobije a aquellas personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras que se hayan buscado beneficiar de la conducta?

## RESPUESTA

1. ¿La expresión del artículo 31 de la Ley 1778 de 2016, “[...] de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas [...]”, se interpreta para las personas (i) desde el momento de la realización de los hechos que dieron lugar a la sentencia penal o la declaración de la responsabilidad administrativa, o (ii) desde el momento en el que se declaró responsable penalmente a la persona natural o administrativamente a la persona jurídica.

Según lo explicado en este concepto, la inhabilidad prevista en el artículo 8, numeral 1, literal j de la Ley 80 de 1993 (tal como fue modificado por el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016) se genera, por un término de 20 años, para las personas naturales que sean condenadas penalmente por alguno de los delitos señalados allí, desde el momento en que se notifique la sentencia de primera instancia (aunque se encuentre pendiente de resolver alguna impugnación contra la misma), y para las personas jurídicas que sean declaradas administrativamente responsables de cometer o participar en la conducta de soborno transnacional, desde el instante en que el respectivo acto administrativo quede en firme.

A partir de esos mismos momentos, la citada inhabilidad se extiende a todas y cada una de las sociedades y sucursales de compañías extranjeras de las que sean o lleguen a hacer parte (como socios controlantes o administradores) las personas físicas o morales declaradas responsables, dentro de los 20 años siguientes, mientras mantengan su calidad de socios controlantes o administradores de aquellas sociedades o sucursales.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la inhabilidad directa que pueda recaer, de forma independiente, sobre la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera en la que la persona natural o jurídica declarada responsable participara en el momento de cometer la conducta ilícita (en calidad de socio controlante o administrador), si aquella persona jurídica o sucursal es declarada, a su vez, administrativamente responsable por haber incurrido o participado en soborno transnacional. En dicho caso, tal entidad o sucursal quedaría directamente inhabilitada para contratar con las entidades públicas colombianas por un periodo independiente de 20 años.

2. Al realizar una interpretación integral de la Ley 1778 de 2016, se consulta ¿si la expresión del artículo 35 de la Ley 1778 de 2016 “[...] que se hayan buscado beneficiar [...]”, se aplica también al artículo 31 ibidem, de manera que la inhabilidad solamente cobije a aquellas personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras que se hayan buscado beneficiar de la conducta?

No. La expresión “[...] que se hayan buscado beneficiar [...]”, utilizada por el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016), se refiere a las medidas que los jueces penales pueden adoptar, como mecanismo de restablecimiento del derecho, en los procesos penales que se tramiten por delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, y en los que aparezcan involucradas personas jurídicas. En cambio, el artículo 8, numeral 1, literal j, de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 31 de la Ley 1778), establece una inhabilidad para contratar con el Estado colombiano, de carácter objetivo y con una finalidad preventiva.

En consecuencia, se trata de 2 instituciones jurídicas completamente independientes y distintas, que son aplicadas por autoridades diferentes, tienen una naturaleza jurídica diversa, pertenecen a cuerpos normativos separados y persiguen fines específicos disímiles (aunque las 2 se enmarcan, en general, dentro de los instrumentos jurídicos para luchar contra la corrupción y la delincuencia organizada). Por lo tanto, los elementos esenciales y característicos de cada figura no pueden trasladarse o extrapolarse a la otra, por analogía, por extensión o de otra manera.

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b></p> <p>viabilidad de contratar con firma adjudicataria a pesar de que los socios de esta habían participado también en otra compañía, junto con la sociedad brasileña Odebrecht, en la celebración y ejecución de un contrato con otra entidad estatal (el cual se estaba investigando).</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Transporte</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Álvaro Namén<br/>Vargas</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2346</p> <p><b>Fecha:</b><br/>15 de agosto<br/>de 2017</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia<br/>Quimbayo<br/>Duarte</p> |
|---|---|---|--|

### CONSULTA

1. En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por la empresa adjudicataria CSS Constructores S.A. —con antelación a ostentar la calidad de adjudicataria frente a la entidad pública Aeropuerto Internacional Matecaña—, se deberá cumplir con la obligación de suscribir el contrato de concesión con la mencionada adjudicataria, resaltando que ocupó el primer lugar de elegibilidad atendiendo las normas que regulan este tipo de contratación, no obstante considerar el evento, que sus socios llegaren a ser vinculados penalmente por la celebración de contratos en el pasado con la empresa Odebrecht?
2. En consideración a las investigaciones que recaen sobre la firma Odebrecht y bajo el entendido de ser ajenas al proceso licitatorio desarrollado por el AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA, se presenta viabilidad legal para continuar con el mencionado proceso contractual, o por el contrario, dicho establecimiento público debe sustraerse atendiendo posibles riesgos en las resultados de investigaciones penales y/o administrativas relacionadas con la firma brasilera?
3. En el evento de suscribirse el contrato de concesión entre el establecimiento público AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA y la empresa adjudicataria CSS Constructores S.A., que (sic) acciones legales debería adoptar la entidad estatal para mitigar posibles riesgos generados por continuar con el proceso contractual en curso, subrayando el vínculo que tuvo la adjudicataria con la empresa Construcciones SCA —la cual en asocio con la empresa Odebrecht ejecutaron tiempo atrás un contrato con la Empresa de Acueducto de Bogotá”.

### RESPUESTA

1. En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por la empresa adjudicataria CSS Constructores S.A. —con antelación a ostentar la calidad de adjudicataria frente a la entidad pública AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA—, se deberá cumplir con la obligación de suscribir el contrato de concesión con la mencionada adjudicataria, resaltando que ocupó el primer lugar de elegibilidad atendiendo las normas que regulan este tipo de contratación, no obstante considerar el evento, que sus socios llegaren a ser vinculados penalmente por la celebración de contratos en el pasado con la empresa Odebrecht?

2. En consideración a las investigaciones que recaen sobre la firma Odebrecht y bajo el entendido de ser ajenas al proceso licitatorio desarrollado por el AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA, se presenta viabilidad legal para continuar con el mencionado proceso contractual, o por el contrario, dicho establecimiento público debe sustraerse atendiendo posibles riesgos en las resultas de investigaciones penales y/o administrativas relacionadas con la firma brasilera?

La Sala se abstendrá de responder estas preguntas, dado que el contrato de concesión al cual se refieren fue suscrito por el Aeropuerto Internacional Matecaña el 17 de abril de 2017, es decir, incluso antes de que se presentara la consulta que se atiende mediante este concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala observa que, en principio y a la luz de la información y de los documentos aportados por el ministerio consultante y el AIM hasta la fecha en la que se terminó la elaboración de este concepto (28 de julio de 2017), no existe evidencia que permita concluir que el contratista-concesionario, es decir, la sociedad Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S. estuviera incurso en alguna inhabilidad o incompatibilidad, al momento de suscribir el contrato de concesión (17 de abril de 2017).

No obstante, en el evento de demostrarse que el contratista sí estaba incurso en una causal de inhabilidad en la fecha de celebración del contrato, dicho acuerdo habría quedado viciado, desde su nacimiento, de nulidad absoluta (artículo 44, numeral 1, de la Ley 80 de 1993), y el AIM, en su calidad de contratante-concedente, tendría que ordenar, mediante acto administrativo motivado, su inmediata terminación y liquidación en el estado en que se encuentre, conforme a lo dispuesto por el artículo 45 (ibidem).

Por otra parte, si el concesionario llegare a incurrir en una inhabilidad sobreviniente durante la ejecución del contrato de concesión, dicho negocio tendría que ser cedido, previa aprobación del AIM. En el evento de que esto no fuere posible, el contratista tendría que renunciar a su ejecución, según lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, lo cual implicaría que el contrato se entendería terminado y debería procederse a su liquidación.

3. En el evento de suscribirse el contrato de concesión entre el establecimiento público AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA y la empresa adjudicataria CSS Constructores S.A., que (sic) acciones legales debería adoptar la entidad estatal para mitigar posibles riesgos generados por continuar con el proceso contractual en curso, subrayando el vínculo que tuvo la adjudicataria con la empresa Construcciones SCA —la cual en asocio con la empresa Odebrecht ejecutaron tiempo atrás un contrato con la Empresa de Acueducto de Bogotá?

Dado que el contrato de concesión ya se celebró, la entidad concedente (Aeropuerto Internacional Matecaña) podría implementar todas o algunas de las recomendaciones formuladas por la Sala en este concepto, particularmente en el acápite E, numeral 3.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

Tanto en esta ocasión como en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala ha observado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado presenta graves y profundas deficiencias, que lo hacen confuso, contradictorio y difícil de aplicar, y debilitan, por lo tanto, su eficacia como instrumento para efectivizar, entre otros, los principios de transparencia, imparcialidad, buena fe y moralidad en la contratación pública. Entre tales deficiencias, podemos resaltar las siguientes: (a) en primer lugar, la enorme dispersión de las normas que consagran inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. En efecto, como atrás se mencionó, las referidas inhabilidades e incompatibilidades están previstas en la Constitución Política, en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993 y en más de 10 leyes diferentes, que regulan temas tan disímiles como los servicios públicos domiciliarios, la responsabilidad fiscal, el régimen disciplinario, el pago de aportes parafiscales y el régimen político-electoral de los alcaldes, gobernadores y otros funcionarios públicos. (b) El hecho de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no distingue ni separa los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, sino que, bajo el título de “inhabilidades e incompatibilidades para contratar” (artículo 8 de la Ley 80), regula indistintamente una serie de situaciones que podrían constituir inhabilidades, en algunos casos; incompatibilidades, en otros, o, incluso, podrían ser clasificadas en ambas categorías. (c) Existe una serie de conductas que pueden vulnerar o amenazar en forma grave la vigencia efectiva de los principios generales de la contratación pública y de la función pública, y que no están consideradas actualmente como inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, tal como se ha demostrado en este documento y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015. Al mismo tiempo, se presentan algunas circunstancias que la ley tipifica hoy en día como inhabilidades o incompatibilidades y que, si bien constituyen incumplimientos a ciertas obligaciones o deberes que la ley impone a los empresarios en diversos campos, no tienen necesariamente, a nuestro juicio, la entidad suficiente ni la potencialidad de afectar en forma grave la aplicación de los principios mencionados, lo que permitiría reevaluar si deben seguir siendo consideradas como hechos que impiden contratar con el Estado. (d) Varias de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas actualmente están redactadas en forma confusa, insuficiente, contradictoria o poco técnica, desde el punto de vista jurídico, lo que dificulta su interpretación y, por lo tanto, su aplicación en casos concretos. Por las razones anteriores, entre otras, la Sala se permite exhortar respetuosamente al Gobierno Nacional para que haga una revisión cuidadosa, detallada, racional y sistemática del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado colombiano. Como resultado de dicho ejercicio, y luego de establecer finalidades y criterios claros y previamente consensuados con los diferentes actores involucrados en este asunto (entidades públicas, contratistas del Estado, organismos de control, universidades, gremios y oenegés, entre otros), podría prepararse un proyecto de ley que regule de manera organizada, sistemática, clara, lógica y técnica esta materia, ya sea que tal regulación se consigne en un “estatuto general de inhabilidades e incompatibilidades”, o que simplemente se refleje en la modificación o sustitución de las normas pertinentes del Estatuto General de Contratación Pública y en la derogación de las disposiciones contenidas en otras leyes que establecen inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>efectos de sanciones impuestas en países extranjeros a empresas o personas que pretenden contratar con el Estado Colombiano</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Cultura</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Álvaro Namén Vargas</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2260</p> <p><b>Fecha:</b><br/>10 de agosto de 2015</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|---|---|---|--|

## CONSULTA

1. ¿En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano, se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas en aquellos casos en que algunas de las conductas descritas sobrevenga durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución? De igual manera es preciso aclarar si en aquel caso en que la entidad estatal colombiana tenga régimen de contratación de derecho privado, podría aplicar las mismas normas y derivar iguales consecuencias. En caso contrario, explicar ¿cuál sería el régimen aplicable?
2. ¿En el caso de que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y esta o su sucursal constituida en Colombia se asocie en consorcio, unión temporal o sociedad futura con una persona natural o jurídica colombiana para participar en un proceso de selección con el Estado colombiano, debe ser declarada como inhabilitada para participar en el proceso o para contratar, con arreglo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en nuestra legislación?
3. ¿Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, la Convención de la ONU y/o de la OEA, existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de estos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?

4. ¿En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y se le haya adjudicado un contrato estatal, puede la Entidad contratante requerir nuevas garantías al contratista para amparar el aumento de nivel de riesgo?
5. ¿Si el representante legal de una sociedad extranjera, sus miembros de Junta Directiva o socios tienen una condena penal en firme por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional en el exterior, qué autoridad es competente para tramitar el exequátur para darle validez jurídica a la sentencia judicial en el marco del ordenamiento jurídico colombiano? ¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?

## RESPUESTA

1. ¿En el caso que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y la sucursal de estos constituida en Colombia, participe dentro de un proceso de selección adelantado por una entidad del Estado colombiano, se puede dar lugar a la aplicación de una inhabilidad o incompatibilidad de las previstas en nuestro régimen constitucional y legal? En caso afirmativo, ¿cuáles serían las normas jurídicas aplicables? ¿Sería posible dar aplicación a dichas normas en aquellos casos en que algunas de las conductas descritas sobrevenga durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución? De igual manera, es preciso aclarar si en aquel caso en que la entidad estatal colombiana tenga régimen de contratación de derecho privado, podría aplicar las mismas normas y derivar iguales consecuencias? En caso contrario, explicar cuál sería el régimen aplicable.

Teniendo en cuenta las hipótesis planteadas en la pregunta y según las consideraciones expuestas:

- Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011).

- Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6 del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilitaciones del artículo 8, numeral 1, literal j, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

- Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1, literal j, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011.
- Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.
- El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.
- El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

No obstante, la circunstancia de que no se presente inhabilidad en estos casos, en manera alguna exime a las entidades estatales de la obligación de adoptar medidas para prevenir y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, en aplicación de los principios de buena fe, precaución, transparencia y moralidad, que tienen aplicación concreta en las diferentes etapas del proceso de contratación.

Así, entre otras medidas podrían adoptar las siguientes:

- En los estudios previos que sustentan la contratación: (a) tipificar, estimar y asignar los riesgos para prevenir actos de corrupción; (b) contemplar las medidas tendientes a verificar las calidades de los proponentes o futuros contratistas;
- En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta: (a) exigir la suscripción de “pactos o compromisos de integridad” y de la “declaración de origen de fondos”; (b) identificar plenamente al proponente y verificar los datos pertinentes, de acuerdo con la prerrogativa de la entidad, y (c) señalar expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero y, en consecuencia, exigir garantías suficientes que permitan mantener cubierta a la entidad en relación con este riesgo;

- En las cláusulas contractuales: (a) incorporar la obligación a cargo del contratista de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, así como la modificación del estado de los mencionados riesgos; (b) con el fin de proteger los intereses de la administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal; (c) estipular multas en los términos expuestos en este concepto.

Ahora bien, es posible que las causales de inhabilidad previstas en el artículo 8, numeral 1, literal j, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, y en el artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, sobrevengan durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución, caso en el cual deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 o en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, según el caso, en el sentido de que si la inhabilidad se presenta antes de la adjudicación se entenderá que el proponente renuncia a la propuesta; si acaece después de la adjudicación, se podrá revocar el acto; si sobreviene después del perfeccionamiento del contrato, cederá su posición contractual a un tercero, con autorización previa de la entidad.

Finalmente, cuando la entidad estatal colombiana tenga un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estará sometida en todo caso al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por lo tanto, en relación con dichas entidades, son aplicables las mismas consideraciones y conclusiones expresadas en este concepto, incluyendo lo dicho en la presente respuesta.

2. ¿En el caso de que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y esta o su sucursal constituida en Colombia se asocie en consorcio, unión temporal o sociedad futura con una persona natural o jurídica colombiana para participar en un proceso de selección con el Estado colombiano, debe ser declarada como inhabilitada para participar en el proceso o para contratar, con arreglo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en nuestra legislación?

En el caso en el cual el proponente, adjudicatario o contratista resultare incurso en una de las causales de inhabilidad previstas en el artículo 8, numeral 1, literal j, modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, y en el artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, se presentarán las siguientes consecuencias:

- En relación con el proponente que se asocie en consorcio, unión temporal o “sociedad futura”, con una persona natural o jurídica colombiana para participar en un proceso de selección con el Estado colombiano, y resulte inhabilitado, se entenderá que “renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo” (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).

- Si la inhabilidad sobreviene durante el periodo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción, habrá lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9 de la Ley 1150 de 2007).
- Si la inhabilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal, el contratista que hiciera parte y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).
- Todo lo anterior se predica también de las sociedades que se constituyan con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, así como de la figura de promesa de contrato de sociedad sujeta a la condición de adjudicación (“sociedad futura”), puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (párrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993).

3. ¿Bajo la Convención Antisoborno de Naciones Unidas suscrita por Colombia en el año 2012, la Convención de la ONU y/o de la OEA, existe alguna disposición que obligue al Estado colombiano a inhabilitar a los proponentes y/o a las sucursales de estos constituidas en Colombia, que en otros países se hayan visto envueltos en casos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública?

La Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de la ONU contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción no establecen directamente inhabilidades para los proponentes ni para las sucursales de estos constituidas en Colombia, en lo que hace a contratar con el Estado, en caso de que se hayan visto envueltos en actos de corrupción o en la comisión de delitos contra la administración pública en otros países.

No obstante, la incorporación de los convenios internacionales de lucha contra la corrupción al ordenamiento interno colombiano vincula a las autoridades nacionales para que apliquen controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal, y prevengan que esa actividad sea vehículo de actos de corrupción o se vea afectada por estos. Por último, debe subrayarse que sustentan la interpretación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tal como se desprende de la argumentación desarrollada en este concepto.

4. ¿En el caso [de] que una persona jurídica extranjera, el representante legal de la misma, sus miembros de Junta Directiva o socios tengan condena en firme, estén siendo investigados por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional, o tengan medida de aseguramiento en firme en el exterior por estos hechos o hayan cometido infracciones disciplinarias o fiscales en el extranjero y se le haya adjudicado un contrato estatal, puede la Entidad contratante requerir nuevas garantías al contratista para amparar el aumento de nivel de riesgo?

Sí. En el evento de que las condiciones de riesgo a las que se encuentra sometido un contrato estatal, en particular el riesgo de corrupción o el riesgo financiero, se hayan modificado entre el inicio del proceso de selección y la adjudicación, o entre esta y la suscripción del contrato o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante, que permitan mantener cubierto el estado del riesgo en todas las etapas de la actividad contractual, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y 7 de la Ley 1150 de 2007, 27 de la Ley 80 de 1993 y 73 de la Ley 1474 de 2011, así como en el Decreto 2641 de 2012 y en el Decreto 1082 de 2015, en concordancia con los principios de buena fe, planeación y precaución en la contratación estatal.

5. ¿Si el representante legal de una sociedad extranjera, sus miembros de Junta Directiva o socios tienen una condena penal en firme por la comisión de delitos contra la Administración Pública o soborno transnacional en el exterior, qué autoridad es competente para tramitar el exequátur para darle validez jurídica a la sentencia judicial en el marco del ordenamiento jurídico colombiano? ¿Cuáles serían las herramientas de verificación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales para constatar la comisión de delitos contra la Administración Pública o infracciones de este tipo en el extranjero?

Dentro del marco de la consulta formulada, el exequatur no es trámite procesal necesario para obtener la información de las sentencias judiciales proferidas por autoridades extranjeras, con la finalidad de configurar las inhabilidades analizadas o para adoptar las medidas de prevención sugeridas en este concepto.

Los documentos e informaciones en los cuales se haga constar el contenido y la firmeza de las decisiones judiciales emitidas en el extranjero pueden obtenerse con base en los instrumentos internacionales mencionados en este concepto, así como en las normas procesales y probatorias del derecho colombiano que resulten pertinentes. En el mismo sentido se procederá para obtener los antecedentes disciplinarios o fiscales provenientes del exterior que se requieran.

En efecto, los mecanismos de cooperación internacional analizados no están limitados exclusivamente al ámbito de investigación y juzgamiento penal, sino que pueden ser utilizados para obtener datos relevantes que incidan en las actuaciones administrativas contractuales (artículo 77 de la Ley 80 de 1993; artículos 2 y 40 del CPACA; artículos 116, 251, 259, 260, 262 del CPC; artículos 243 y 251 del CGP; artículo 17 del Código Penal; artículos 427 y 485 del CPP y Ley 455 de 1998).

## 4.

# Principales conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia control de convencionalidad

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>suspensión de gobernadores<br/>elegidos, por medidas de aseguramiento en procesos penales.<br/>Efectos de la decisión judicial posterior, que otorga la libertad por vencimiento de términos.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Ana María<br/>Charry Gaitán</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2500</p> <p><b>Fecha:</b><br/>16 de mayo<br/>de 2023</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia<br/>Quimbayo<br/>Duarte</p> |
|---|---|---|--|

## CONSULTA

1. ¿Debe ser reintegrado, sí o no, el gobernador electo que se encuentra suspendido con ocasión de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por el presunto delito de contrato, sin el cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por omisión, frente a la posterior decisión judicial de ordenar su libertad, por vencimiento de términos?
2. En el evento en que la respuesta sea positiva y se deba reintegrar al gobernador electo, cuál debe ser el procedimiento a seguir frente a la gobernadora que había sido encargada por procedimiento de terna? ¿Operaría el decaimiento del acto administrativo que le dio origen al encargo?
3. En el evento en que la respuesta sea negativa y no se deba reintegrar al procesado, toda vez que subsisten las razones que dieron origen a la medida de aseguramiento y al proceso penal, ¿cuál debe ser el procedimiento a seguir frente al procesado que reclama su reintegro en el cargo, como gobernador electo del departamento?

## RESPUESTA

1. ¿Debe ser reintegrado, sí o no, el Gobernador electo que se encuentra suspendido con ocasión de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por el presunto delito de contrato, sin el cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por omisión, frente a la posterior decisión judicial de ordenar su libertad, por vencimiento de términos?

De acuerdo con los documentos y la información remitidos por el Ministerio del Interior en esta consulta, y las consideraciones jurídicas efectuadas en este concepto, la Sala considera que el Gobierno Nacional sí debe reintegrar al gobernador elegido del Chocó, como consecuencia de la decisión de otorgarle la libertad, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el pasado 22 de febrero, debido a que no se encuentra vigente la medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, adoptada inicialmente por la misma corporación judicial.

Lo anterior, siempre que se verifique previamente que, contra el señor Palacios Calderón, no exista otra medida de aseguramiento vigente, dictada en el mismo proceso penal o en otro. Una condena u otra decisión de autoridad competente que justifique legalmente mantener la suspensión o que genere una inhabilidad sobreviniente para el ejercicio del cargo.

2. En el evento en que la respuesta sea positiva y se deba reintegrar al Gobernador electo, ¿cuál debe ser el procedimiento que se debe seguir frente a la gobernadora que había sido encargada por procedimiento de terna? ¿Operaría el decaimiento del acto administrativo que le dio origen al encargo?

Para hacer efectivo lo dispuesto en el numeral anterior, si se cumplen las condiciones indicadas, el Gobierno Nacional debe expedir un decreto mediante el cual: (i) levante la suspensión ordenada contra el señor Ariel Palacios Calderón, como gobernador del Chocó, mediante el Decreto 1577 del 5 de agosto de 2022; (ii) termine el encargo efectuado a la señora Farlin Perea Rentería, mediante el Decreto 2646 del 30 de diciembre de 2022, y (iii) ordene el reintegro del señor Palacios Calderón como gobernador elegido del departamento del Chocó.

3. En el evento en que la respuesta sea negativa y no se deba reintegrar al procesado, toda vez que subsisten las razones que dieron origen a la medida de aseguramiento y al proceso penal, ¿cuál debe ser el procedimiento que se debe seguir frente al procesado que reclama su reintegro en el cargo, como gobernador electo del departamento?

Dado que la respuesta a la pregunta anterior es positiva, no resulta procedente contestar la tercera pregunta.

|   |   |  |  |
|---|---|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>cumplimiento sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Intereses de mora y calidad de víctima. Prueba del parentesco.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>William Zambrano<br/>Cetina</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2186</p> <p><b>Fecha:</b><br/>26 de marzo<br/>de 2014</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia<br/>Quimbayo<br/>Duarte</p> |
|---|---|--|--|

## CONSULTA

1. ¿La tasa que debe emplearse para liquidar los intereses moratorios derivados del pago de la condena proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la masacre de Pueblo Bello, es: (i) la tasa de interés efectivo anual; (ii) el interés compuesto, es decir, la tasa diaria equivalente a una y media veces la tasa efectiva anual, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, o (iii) otra diferente que deba observarse a la luz de una regla legal o jurisprudencial de obligatorio cumplimiento?
2. Puede el Estado, en el marco del reconocimiento de las víctimas indirectas de la masacre de Pueblo Bello, utilizar como prueba para acreditar el parentesco la partida de bautismo de una persona que está desaparecida y, por lo tanto, no ha sido declarada como fallecida, si nació con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938 y no tiene registro civil?
3. En este mismo contexto, ¿el Ministerio podría utilizar la sentencia de fondo emitida por la Honorable Corte Interamericana como prueba para determinar los nombres de los padres de las víctimas que fallecieron o fueron desaparecidas en la Masacre de Pueblo Bello? Lo anterior para los casos de familiares de los fallecidos o desaparecidos e inclusive, las mismas víctimas que nunca fueron registradas en el Registro Civil de Nacimiento, o lo acreditaron ante la Corte IDH mediante la partida de bautismo, aún con posterioridad a la ley 92 de 1938?

## RESPUESTA

1. ¿La tasa que debe emplearse para liquidar los intereses moratorios derivados del pago de la condena proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la masacre de Pueblo Bello, es: (i) la tasa de interés efectivo anual; (ii) el interés compuesto, es decir, la tasa diaria equivalente a una y media veces la tasa efectiva anual, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, o (iii) otra diferente que deba observarse a la luz de una regla legal o jurisprudencial de obligatorio cumplimiento?

La tasa que debe aplicarse en el caso analizado, dadas las circunstancias particulares del mismo, es la de interés efectivo anual, en la medida que otorga un mayor estándar de protección a las víctimas y cumple de mejor forma el deber de reparación integral.

2. ¿Puede el Estado, en el marco del reconocimiento de las víctimas indirectas de la Masacre de Pueblo Bello, utilizar como prueba para acreditar el parentesco la partida de bautismo de una persona que está desaparecida y, por lo tanto, no ha sido declarada como fallecida, si nació con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938 y no tiene registro civil?

Sí. El Estado Colombiano puede tener en cuenta las partidas de bautismo de las víctimas de la Masacre de Pueblo Bello para establecer el parentesco de los solicitantes y dar cumplimiento a la obligación que se deriva del numeral 237 de la sentencia condenatoria del 31 de enero de 2006 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. En este mismo contexto, ¿el Ministerio podría utilizar la sentencia de fondo emitida por la Honorable Corte Interamericana como prueba para determinar los nombres de los padres de las víctimas que fallecieron o fueron desaparecidas en la Masacre de Pueblo Bello? Lo anterior, para los casos de familiares de los fallecidos o desaparecidos e inclusive, las mismas víctimas que nunca fueron registradas en el Registro Civil de Nacimiento, o lo acreditaron ante la Corte IDH mediante la partida de bautismo, aún con posterioridad a la ley 92 de 1938.

Sí. El Ministerio puede utilizar la sentencia de fondo emitida por la Honorable Corte Interamericana para determinar los nombres de los padres de las víctimas que fallecieron o fueron desaparecidas en la Masacre de Pueblo Bello y establecer así las relaciones de parentesco con sus familiares.

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>suspensión de gobernadores elegidos, por medidas de aseguramiento en procesos penales. Efectos de la decisión judicial posterior, que otorga la libertad por vencimiento de términos.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Ana María<br/>Charry Gaitán</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2500</p> <p><b>Fecha:</b><br/>16 de mayo<br/>de 2023</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia<br/>Quimbayo<br/>Duarte</p> |
|---|---|---|--|

## CONSULTA

1. ¿Debe ser reintegrado, sí o no, el Gobernador electo que se encuentra suspendido con ocasión de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por el presunto delito de contrato, sin el cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por omisión, frente a la posterior decisión judicial de ordenar su libertad, por vencimiento de términos?
2. En el evento en que la respuesta sea positiva y se deba reintegrar al Gobernador electo, ¿cuál debe ser el procedimiento a seguir frente a la Gobernadora que había sido encargada por procedimiento de terna? ¿Operaría el decaimiento del acto administrativo que le dio origen al encargo?
3. En el evento en que la respuesta sea negativa y no se deba reintegrar al procesado, toda vez que subsisten las razones que dieron origen a la medida de aseguramiento y al proceso penal, ¿cuál debe ser el procedimiento a seguir frente al procesado que reclama su reintegro en el cargo, como gobernador electo del departamento?

## RESPUESTA

1. ¿Debe ser reintegrado, sí o no, el Gobernador electo que se encuentra suspendido con ocasión de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por el presunto delito de contrato, sin el cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por omisión, frente a la posterior decisión judicial de ordenar su libertad, por vencimiento de términos?

De acuerdo con los documentos y la información remitidos por el Ministerio del Interior en esta consulta, y las consideraciones jurídicas efectuadas en este concepto, la Sala considera que el Gobierno Nacional sí debe reintegrar al gobernador elegido del Chocó, como consecuencia de la decisión de otorgarle la libertad, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el pasado 22 de febrero, debido a que no se encuentra vigente la medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, adoptada inicialmente por la misma corporación judicial.

Lo anterior, siempre que se verifique previamente que, contra el señor Palacios Calderón, no exista otra medida de aseguramiento vigente, dictada en el mismo proceso penal o en otro; una condena, u otra decisión de autoridad competente que justifique legalmente mantener la suspensión, o que genere una inhabilidad sobreviniente para el ejercicio del cargo.

2. En el evento en que la respuesta sea positiva y se deba reintegrar al Gobernador electo, ¿cuál debe ser el procedimiento que se debe seguir frente a la Gobernadora que había sido encargada por procedimiento de terna? ¿Operaría el decaimiento del acto administrativo que le dio origen al encargo?

Para hacer efectivo lo dispuesto en el numeral anterior, si se cumplen las condiciones indicadas, el Gobierno Nacional debe expedir un decreto mediante el cual: (i) levante la suspensión ordenada contra el señor Ariel Palacios Calderón, como gobernador del Chocó, mediante el Decreto 1577 del 5 de agosto de 2022; (ii) termine el encargo efectuado a la señora Farlin Perea Rentería, mediante el Decreto 2646 del 30 de diciembre de 2022, y (iii) ordene el reintegro del señor Palacios Calderón como gobernador elegido del departamento del Chocó.

3. En el evento en que la respuesta sea negativa y no se deba reintegrar al procesado, toda vez que subsisten las razones que dieron origen a la medida de aseguramiento y al proceso penal, ¿cuál debe ser el procedimiento que se debe seguir frente al procesado que reclama su reintegro en el cargo, como gobernador electo del departamento?

Dado que la respuesta a la pregunta anterior es positiva, no resulta procedente contestar la tercera pregunta.

|  |   |   |  |
|--|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>obligatoriedad de las recomendaciones que la Comisión de Derechos Humanos hace al Estado Colombiano.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Relaciones Exteriores</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Humberto Mora Osejo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 461</p> <p><b>Fecha:</b><br/>13 de octubre de 1992</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>María Claudia Quimbayo Duarte</p> |
|--|---|---|--|

## CONSULTA

1. En lo que se refiere a las indemnizaciones recomendadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿dichas sugerencias tienen carácter vinculante para el Estado colombiano?
2. ¿Cuáles serían las bases y mecanismos legales para satisfacer las reparaciones recomendadas por la Comisión interamericana de Derechos Humanos?

## RESPUESTA

1. Las recomendaciones de la Comisión interamericana de Derechos Humanos, en principio, son obligatorias para el Estado colombiano, por haber suscrito y ratificado, sin reservas, la Convención Americana de Derechos Humanos.
2. Las recomendaciones de la Comisión interamericana de Derechos Humanos deben cumplirse con fundamento en la Constitución y en las leyes del país.
3. En el caso objeto de consulta, el Estado colombiano debe adelantar, perfeccionar y definir las investigaciones penales relativas a los 3 casos de violación de los derechos humanos que la consulta refiere. Pero, según el Derecho Colombiano, las indemnizaciones que recomienda la Comisión solo podrán disponerse mediante sentencias proferidas en los procesos promovidos por las personas interesadas ante los organismos judiciales competentes, o mediante conciliación del Estado con los interesados efectuada en el mismo proceso.

## 5.

# Inhabilidades e incompatibilidades

|   |  |  |  |
|---|--|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>régimen de inhabilidades e Incompatibilidades. Incompatibilidades de congresista para ser elegido vicepresidente de la República.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Augusto Rodríguez Arce</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>Núm. 1378</p> <p><b>Fecha:</b><br/>Septiembre 20 de 2001</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Alejandra Reyes</p> |
|---|--|--|--|

## CONSULTA

El ministro del Interior consulta a la Sala sobre el régimen de incompatibilidades de los congresistas y sobre las posibilidades que tienen ellos de ser elegidos en calidad de vicepresidente de la República, para el mismo periodo electoral o para el periodo inmediatamente siguiente.

**Las preguntas:**

1. ¿Cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del vicepresidente de la República?
2. ¿Un congresista elegido para el periodo constitucional 1998-2002 puede ser elegido vicepresidente de la República para el periodo 2002-2006 sin violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades? ¿En el evento en que el congresista deba renunciar a su investidura para poder ser elegido vicepresidente de la República, con qué antelación debe presentar renuncia y que la misma le sea aceptada?
3. ¿Un ciudadano que sea elegido congresista el día 10 de marzo de 2002, para el periodo constitucional 2002-2006, puede ser válidamente elegido vicepresidente de la República para el periodo 2002-2006?

## RESPUESTA

1. A la pregunta 1: las inhabilidades e incompatibilidades en que puede estar incurso el ciudadano que aspire a ejercer o desempeñe la vicepresidencia de la República, son las señaladas en el acápite correspondiente de la parte considerativa.
2. A la pregunta 2: el congresista elegido para el periodo constitucional 1998-2002 puede aspirar y ser elegido vicepresidente de la República, siempre que no concurren en él otras causales de inhabilidad.
3. A la pregunta 3: conforme a la preceptiva constitucional el congresista electo para desempeñar el cargo durante el periodo constitucional 2002-2006 no puede ser elegido Vicepresidente de la República. De serlo se generarían las consecuencias mencionadas en la parte motiva.

## CONSIDERACIONES

La Constitución determinó que para ser elegido vicepresidente de la República se requieren las mismas calidades que para ser Presidente —colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de 30 años— de acuerdo con los artículos 191 y 204 superiores. Sin embargo, en cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades, la Sala considera que el constituyente no precisó el tema con suficiente amplitud. Por lo tanto, presenta algunas consideraciones sobre la figura:

1. El vicepresidente. El vicepresidente (i) es elegido por votación popular el mismo día que el Presidente, por el mismo periodo, y reemplaza a este último, en sus faltas temporales o absolutas. (ii) El Presidente puede confiarle misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. Pero no puede asumir las funciones de ministro delegatario. (iii) En cuanto a la calidad del cargo de vicepresidente, las cortes tienen posiciones disímiles: (a) el Consejo de Estado anuló el Decreto 598 de 1995 que dispuso situaciones administrativas del vicepresidente, señalando que su situación jurídica es sui generis, ya que no es un funcionario con atribuciones propias, sino que solo tiene una vocación sucesoral. En consecuencia, no es funcionario público hasta que suceda al Presidente o el Presidente lo designe en algún cargo de la Rama Ejecutiva (Consejo de Estado, sentencia 14 de julio de 1998). (b) La Corte Constitucional, en la sentencia C-594 de 1995, consideró que el cargo de vicepresidente es un empleo público, pues según el artículo 123 de la Carta, son servidores públicos los empleados y trabajadores del Estado, y al Senado le competen admitir o no la renuncia que haga el vicepresidente. Se trata entonces de un cargo cuyas funciones están determinadas en la Constitución, y el Presidente es el único que puede asignarle funciones adicionales.

Inhabilidades de rango constitucional. En el caso del vicepresidente, el ordenamiento no trae un listado de inhabilidades como sí lo hace en el caso del presidente de la República. Sin embargo, conforme al artículo 204 de la Carta, (i) no puede ser elegido ni presidente, ni vicepresidente, para el periodo inmediatamente siguiente. (ii) Tampoco puede ser elegido si ejerció ese cargo de forma continua o discontinua por más de 3 meses durante el cuatrienio (art. 197). (iii) No puede ser elegido vicepresidente, si fue condenado a delitos contra el patrimonio del Estado (Art. 122 C.P).

Inhabilidades de estirpe legal. El vicepresidente está sujeto a las mismas inhabilidades que prevé el ordenamiento para quien pretenda desempeñar funciones públicas, así: (i) Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto delitos políticos y culposos, a menos que hayan afectado a la administración pública (Art. 43 de la Ley 200 de 1995); (ii) Hallarse en interdicción judicial, inhabilitado por sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de la profesión o excluido de esta; (iii) padecer enfermedad física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el desempeño del cargo. En materia penal: (iv) pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (Art. 44) y pérdida del empleo o cargo público, que inhabilita al penado hasta por 5 años para desempeñar cualquier cargo público u oficial (art. 45).

Incompatibilidades. Implican la prohibición jurídica de coexistencia de 2 actividades. Son aquellos actos que no puede desempeñar el servidor público durante el ejercicio del cargo o empleo. Las incompatibilidades del vicepresidente están supeditadas a las funciones que cumpla. Si es nombrado Presidente, le aplican las de ese cargo y si es nombrado en un empleo en la rama ejecutiva lo cobijan las incompatibilidades predicables de los servidores públicos y las del empleo que ejerza.

2. Prohibiciones de los congresistas elegidos para los periodos constitucionales 1998-2002 y 2002-2006 que aspiran al cargo de vicepresidente. Los artículos 179, 180 y 181 de la Carta establecen las incompatibilidades e inhabilidades de los congresistas. Incompatibilidades:

- Desempeñar cargo o empleo público o privado (Art. 180 CP y 282.1 de la Ley 5ª de 1992).
- Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo así sea parcialmente (Art. 179.8 C.P.). En lo que concierne al alcance de esta inhabilidad, “la Corte Constitucional precisó que la prohibición de elección simultánea en más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los periodos coinciden en el tiempo, se aplica a cualquier ciudadano, dado que la norma utiliza la expresión “nadie podrá” y por tanto cobija a toda persona que se encuentre en tales circunstancias”. Se cita, en consecuencia, lo dicho en la sentencia C-656 de 1997 de esa Corporación, en la que se señaló que se trata de una inhabilidad electoral, no específica para los congresistas, pero que aplica a todos los ciudadanos que aspiran a ser elegidos en corporaciones y cargos públicos.

Además, se recordó que la Ley 84 de 1993 preveía la inaplicación del texto del numeral 8 del artículo 179 de la Carta en el caso de los Senadores y los representantes a la Cámara que resultaran elegidos Presidente y Vicepresidente<sup>336</sup>, norma que fue declarada inconstitucional por la Corte en la sentencia C-145 de 1994, ya que se encontró improcedente que el legislador estableciera excepciones discriminatorias a su favor “cuando la misma norma superior no las establece, sino que por el contrario señala que cobija a todos los funcionarios de elección popular”.

- El artículo 181 C.P. dispone que las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuera superior.

3. Alcance de la causal de inelegibilidad consagrada en el artículo 179.8 de la Carta, respecto del congresista elegido en 1998 cuyo periodo vence en 2002 y aspira a ser electo vicepresidente para el periodo 2002-2006.

La inhabilidad del artículo 179.8 C.P., se convierte en una causal para no poder ser elegido para más de una corporación o cargo público, cuando los periodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente. En el caso concreto, el periodo del congresista concluye el 19 de julio de 2002 y el del vicepresidente empieza el 7 de agosto de 2002, caso en el cual, si bien la elección se da mientras el congresista esté ejerciendo sus funciones, los periodos no coinciden en ningún tiempo, por lo que no opera la prohibición. Además, en términos del artículo 181 superior las incompatibilidades de los congresistas ocurren durante su periodo constitucional, lo que impide que ocurra la causal del 179.8 de la Carta, porque la incompatibilidad solo existe mientras el congresista ostente dicha calidad.

4. Inhabilidades e incompatibilidades del congresista elegido para el periodo constitucional 2002-2006 y como vicepresidente para el mismo lapso.

En este caso se configura tanto la inhabilidad del art. 179.8 superior como la incompatibilidad del artículo 181 de la Constitución, puesto que los periodos coinciden en el tiempo y las incompatibilidades subsisten mientras el congresista ostente dicha calidad. Los efectos de incurrir en esta situación son los siguientes: que se podría dar tanto la nulidad de la elección como la pérdida de investidura del congresista, por violación del término de inhabilidades e incompatibilidades (art. 193.1). La renuncia a uno de los cargos no serviría de nada porque las incompatibilidades de los congresistas se extienden durante el año siguiente a su dimisión.

## COMENTARIOS

En esta decisión de la Sala, se discuten las inhabilidades e incompatibilidades que le corresponden al vicepresidente de la República. Sobre el alcance de las inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas que son elegidos o aspiran a ser elegidos vicepresidentes, la providencia aplica algunas sentencias de la Corte Constitucional que dan cuenta del alcance de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.8 de la Carta, y que se refieren a la imposibilidad o no que tienen estos funcionarios de ser elegidos para 2 empleos o cargos públicos de manera simultánea o sucesiva. Las sentencias de la Corte entienden que el artículo 179.8 superior impide que cualquier persona pueda ser elegida para 2 cargos públicos o para corporaciones y cargos públicos, cuando se trata del mismo periodo constitucional, inhabilidad que aplica a los congresistas. A partir de esa conclusión de la Corte, la Sala considera que, en el caso concreto, un congresista que aspire a ser vicepresidente en el periodo inmediatamente siguiente a su desempeño como Congresista, no incurre en inhabilidad para acceder al nuevo cargo de vicepresidente, porque sus inhabilidades terminan en su periodo constitucional y el desarrollo de la actividad de vicepresidente no ocurre de manera simultánea con el de congresista. No sucede lo mismo cuando se trata del mismo periodo constitucional. En ese caso, el congresista elegido en ambos cargos para el mismo periodo incurre en la inhabilidad del art. 179.8 de la Carta y en la incompatibilidad del artículo 181 superior.

|  |   |   |  |
|--|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>régimen de inhabilidades e Incompatibilidades. Sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Inhabilidades de los congresistas. Incompatibilidades de los diputados y los concejales.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Álvaro Namén<br/>Vargas</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>Núm. 2320</p> <p><b>Fecha:</b><br/>Diciembre 15<br/>de 2016</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Alejandra<br/>Reyes</p> |
|--|---|---|--|

## CONSULTA

El ministro del Interior consulta a la Sala sobre el momento en el que deben renunciar los diputados y los concejales elegidos para el periodo 2016-2019 que estén interesados en inscribirse como candidatos a las elecciones de Senado y Cámara de Representantes para el periodo 2018-2022, sin contravenir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Lo anterior, en consideración a: (i) la sentencia C-093 de 1994 de la Corte Constitucional, (ii) el Concepto de la Sala de Consulta 413 de 1991 y (iii) la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 7 de junio de 2016, en la que esa corporación señaló que debe darse prelación a los derechos de los electores frente a los derechos de los elegidos, y que quien renuncia a un cargo para el cual ha sido elegido, con el fin de acceder a otro de elección popular, incurre en una defraudación del mandato democrático que ha recibido.

### Las preguntas:

1. ¿Lo dispuesto dentro de la sentencia de unificación de fecha 7 de junio de 2016 del Consejo de Estado, en lo que respecta a la posibilidad de renunciar a un cargo para el cual ha sido elegido, porque se desea acceder a otro de elección popular, tiene aplicación para los cargos colegiados?
2. Sosteniendo como hipótesis fáctica que el aspirante a ser electo senador de la República para el periodo 2018-2022 es diputado o concejal en ejercicio, elegido en las elecciones llevadas a cabo el 25 de octubre de 2015, ¿en qué momento deben renunciar los diputados o concejales electos cuyo periodo constitucional es de 2016-2019 para poder ser inscritos como candidatos elegidos como senadores o representantes a la cámara, en las elecciones que se llevarán a cabo el 11 de marzo de 2018, para el periodo 2018-2022 son contravenir el régimen de inhabilidades?

## RESPUESTA

1. A la pregunta 1: la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016 (radicación interna 2015-00051), en lo que atañe a la posibilidad de renunciar a un cargo para el cual una persona fue elegida popularmente, con el fin de acceder a otro de elección

popular, solamente puede y debe aplicarse en aquellos casos que correspondan a la misma situación fáctica que dio origen al citado fallo y que deba resolverse con las mismas normas legales que fueron interpretadas en este. En particular en dicha sentencia lo señala expresamente, la jurisprudencia unificada allí se aplica a “la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000”.

A la pregunta 2: los diputados y concejales en ejercicio, elegidos popularmente en la jornada electoral llevada a cabo el 25 de octubre de 2015 (para el periodo 2016-2019), que aspiren a ser elegidos como senadores de la república o representantes a la Cámara en las elecciones a realizarse el 11 de marzo de 2018 (periodo 2018-2022), deben renunciar a sus cargos y su renuncia debe ser aceptada antes de su inscripción como candidatos al Senado o a la Cámara, para no incurrir en la inhabilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 de la Carta. Dichos servidores públicos no incurrir, por el hecho de serlo, en la causal prevista en los numerales 2 del artículo 179 superior y 280 de la Ley 5 de 1992, pues no tienen la calidad de empleados públicos. En relación con las demás causales de inhabilidad previstas en la Carta y en la ley para ser congresistas, debe analizarse la situación concreta de cada aspirante.

## CONSIDERACIONES DEL PROYECTO

1. Sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado. El artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, CPACA, le permite al C.E emitir sentencias de unificación. La Sala de Consulta se pronunció en extenso sobre este tipo de sentencias en el Concepto 2177 de 2013. En todo caso, sobre ellas se señala que: (i) hay de este tipo de sentencias, incluso antes de la expedición del CPACA; (ii) producen efectos al interior de la propia jurisdicción, en el sentido de activar el recurso extraordinario de unificación; (iii) generan consecuencias frente a la Administración, que está obligada a tenerlas en cuenta para decidir casos iguales; (iv) en tales casos se les permite a los interesados solicitar la extensión en la aplicación de jurisprudencia. No obstante todo lo anterior, la aplicación de una sentencia de unificación requiere que en los casos subsiguientes, se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional por ejemplo en la sentencia C-816 de 2011, que en materia de aplicación de precedentes judiciales y el mecanismo de extensión de jurisprudencia previsto en el artículo 102 del CPACA dijo que “tanto (i) la extensión administrativa de las sentencias de unificación... (ii) como la fuerza de los precedentes judiciales son mecanismos puestos a disposición de los jueces y de la administración para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas...”. Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en otras sentencias, como la C-588 de 2012 y la C-816 de 2011. Lo que lleva a la Sala a descartar la posibilidad de aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial de manera analógica, es decir, a situaciones de hecho que no sean sustancialmente iguales, sino a penas parecidas o semejantes, es decir, con cierta similitud con los supuestos fácticos que dieron lugar a la citada sentencia o a situaciones que deban solucionarse con normas diferentes, pero que compartan cierto parecido con las normas usadas para la unificación.

2. Sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta el 7 de junio de 2016: análisis sobre su aplicabilidad a la hipótesis de la consulta. El caso concreto que conoció esa providencia fue el siguiente: un ciudadano demanda la nulidad de la elección de una Gobernadora, por la causal de nulidad electoral prevista en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, al considerar que la funcionaria estaba inhabilitada para acceder a esa posición, por haber renunciado al cargo que ocupaba como alcaldesa municipal, elegida popularmente para el periodo 2012-2015, con menos de 12 meses de antelación a su inscripción como candidata a la gobernación de la Guajira, para el periodo 2016-2019. La Sección Quinta analizó las incompatibilidades de los alcaldes, previstas en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, con la modificación de la Ley 1475 de 2001 según la sentencia C-490 de 2011. Recordó la Sala que el término de renuncia en tales casos debe ser de 12 meses entre la terminación del periodo o la renuncia y hasta la inscripción. Como la candidata renunció en un lapso inferior a los 12 meses, estaba incurso en una incompatibilidad que daba lugar a la anulación de la elección en el nuevo cargo y cancelación de la credencial como gobernadora. Fuera del análisis concreto, la sentencia decidió unificar la jurisprudencia en 3 aspectos: (i) definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista en los artículos 38.7 y 39 (para alcaldes) y 31.7 y 32 (para gobernadores) de la ley 617 de 2000; (ii) el alcance de los principios pro homine y pro electoratem en materia electoral, y (iii) los efectos de las sentencias que declaran la nulidad electoral por vicios subjetivos. Por todo lo dicho: la hipótesis presentada en la consulta propone una situación fáctica diferente a la que fue objeto de juzgamiento en la sentencia de unificación, se rige por normas constitucionales y legales distintas, se trata de servidores públicos de elección popular distintos y los hechos propuestos por la consulta se da un tiempo de coincidencia entre periodos, cosa que no ocurre en el caso estudiado en la providencia. Por lo tanto, se trata de una sentencia no aplicable al caso concreto.
3. Inhabilidades de los congresistas e incompatibilidades de los diputados y concejales: situación de los concejales y diputados elegidos para el periodo 2016-2019 que aspiren a participar en las elecciones al Congreso del 2018-2022. El régimen de inhabilidades de congresistas está contenido en normas especiales de rango constitucional (Art. 179 C.P). Al mismo asunto se refieren también los artículos 279 y 280 de la Ley 5 de 1992. Para esta consulta se debe examinar las causales contenidas en el artículo 2 y 8 del artículo 179 C.P. dado que en la hipótesis fáctica existe una coincidencia parcial en el periodo de las corporaciones públicas a las que pertenecen actualmente los servidores públicos interesados en aspirar al Congreso y el periodo de este último órgano. (i) Causal contenida en el numeral 8 de los artículos 179 de la Carta y 280 de la ley 5 de 1992 (coincidencia de periodos). Esta norma se ha intentado cambiar por vía legal e incluso a través de Actos Legislativos pero la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2005 y en la sentencia C-040 de 2010 ha declarado en 2 oportunidades inexecutable esos intentos que buscaban que la renuncia tuviera efectos para suprimir la inhabilidad sobre la coincidencia en el tiempo de los cargos. No obstante, algunos dicen que hay contradicción entre el artículo 179.8 de la Carta y el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, que sí permite la coincidencia, si se presentó la renuncia al cargo antes de la elección correspondiente. No obstante, la constitucionalidad del numeral 8 del artículo 280 en

mención fue estudiada por la Corte en la sentencia C-093 de 1994 que declaró exequible la norma acusada, y en la que se dijo que lo dicho por la norma constitucional implicaba la coincidencia “en referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en 2 corporaciones en 2 cargos o en una corporación y en un cargo”. Cuando una persona renuncia, mal puede pensarse que exista la inhabilidad por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado, “bien por la separación definitiva por dimisión”. De hecho, la misma Corte se refirió a título de ejemplo, al caso de concejales o diputados cuyo periodo coincida total o parcialmente con el del Congreso, y en sus conclusiones señaló que se configura falta absoluta en presencia de renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado antes de la inscripción como candidato al congreso, por lo que no rige para ellos la prohibición del numeral 8 del art. 179 superior. Según la sentencia de la Corte: “en dicho caso se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado... pudiese estar dentro de la prohibición del numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política”.

Lo anterior coincide en el caso de los Concejales, con lo dicho además en otra norma como es el artículo 44 de la Ley 136 de 1994, que dice que deben renunciar a su investidura antes de inscribirse a la candidatura. A partir de esta declaratoria de exequibilidad el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial que reconoce que la renuncia al cargo que ocupen los concejales y diputados, debidamente aceptada, antes de su inscripción como candidatos al Congreso, impide que opere la causal señalada. Al respecto se citan 13 sentencias del Consejo de Estado en ese sentido y se destaca que en la decisión 2014-00054-00 Alberto Yepes Barreiro, de octubre de 2014, se dice incluso que la sentencia C-093 de 1994 “es una decisión de control concreto de constitucionalidad y se caracteriza por: (i) hacer tránsito a cosa juzgada absoluta y (ii) tener efecto *erga omnes*”. De hecho, en la misma sentencia se consideró impropio aplicar la segunda parte del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5, en virtud de la denominada excepción de inconstitucionalidad, para estarse a lo resulto en la sentencia C-093 de 1994.

4. El hecho y el momento que sirven para enervar la causal indicada. Ello ocurre cuando se presenta la renuncia, antes de la elección correspondiente. Sin embargo, en el caso de los concejales el artículo 44 de la Ley 136 de 1994 dispone que ellos deben renunciar antes de la fecha de inscripción a la candidatura. Citando a la sentencia C-093 de 1994 de la Corte, se concluye que, según esa providencia, ello debe ocurrir efectivamente, “antes de la inscripción como candidatos”. Por lo que la renuncia debe ser presentada y aceptada, antes de la inscripción de la respectiva candidatura para al cargo o corporación, porque solo en ese momento se puede hablar de vacancia absoluta en el primer cargo. Al respecto se recuerda en esta decisión que en los fallos de constitucionalidad de la Corte no solamente la parte resolutoria, sino también la considerativa hacen tránsito a la cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*, frente a los argumentos que dieron fundamento para adoptar la ratio *decidendi*. Por lo que esta interpretación de la Corte es obligatoria. De manera tal que la renuncia que presente el concejal debe ser presentada al Presidente del conceso, indicando la fecha a partir de la cual quiere hacerla efectiva. Por lo que la mera renuncia no genera la vacancia absoluta, sino que se requiere que esta sea aceptada para que ello ocurra.

“Por lo tanto como lo ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 1994, para enervar o dejar sin efectos la causal de inhabilidad prevista en el ordinal 8 del artículo 179 de la Constitución Política, cuando se presenta una coincidencia parcial de periodos, no basta con que el servidor público elegido renuncie a su cargo o dignidad antes de las nuevas elecciones, sino que se exige que su renuncia sea aceptada antes de inscribirse como candidato, para el nuevo cargo o corporación en la cual pretende resultar electo”.

En el caso de los diputados, según el concepto 1320 de 2001, para no incurrir en esa causal de inhabilidad, debían renunciar a su investidura 6 meses antes de la inscripción de la candidatura al Congreso, en los términos del artículo 36 de la Ley 617 de 2000 que dice que las incompatibilidades en caso de renuncia se mantienen para ellos durante los 6 meses siguientes a su aceptación. Sin embargo, esta norma que se parece a uno de los concejales en el mismo sentido, entra en contradicción con la regla prevista en los artículos 179.8 y 280.8 de la Ley 5 de 1992, por lo que sería pertinente aplicar de preferencia estas últimas. Además, en el caso de los concejales existe norma especial como es el artículo 44 de la ley 136 de 1994. Y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado este término de 6 meses no se aplica a los diputados. Por lo anterior, en este concepto se rectifica el anterior para el caso de los diputados.

5. Causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 de los artículos 179 de la Carta y 280.2 de la Ley 5 de 1992.

El artículo 179.2 establece que “no podrán ser congresistas quienes hubiesen sido empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección”. La Sala analizó esta inhabilidad en el concepto número 2160 de 2013 y recordó que se deben configurar para que se de esta causal: (i) el elemento orgánico o subjetivo (calidad de empleado público); (ii) el elemento funcional, ligado al ejercicio de jurisdicción o autoridad; (iii) un elemento temporal (periodo previo a la elección), y (iv) un elemento espacial y territorial. En cuanto al primer punto, la Sala concluyó que los miembros de las corporaciones públicas (dentro de las cuales están los concejales y diputados) si bien son servidores públicos (concepto genérico) no son empleados públicos. La Corte Constitucional en la sentencia C-315 de 1995 y el Consejo de Estado en el fallo del 26 de marzo de 2015 (2014-00058-00) confirman que los concejales y los diputados no son “empleados públicos”. Al no cumplirse la primera exigencia de la causal, no se cumple en general la causal. En conclusión, esta causal no aplica a quienes hayan ejercido cargos como diputados o concejales dentro de los 12 meses anteriores a su elección como congresistas.

**Comentarios:** se destaca que esta providencia se apoya en decisiones de la Corte Constitucional para definir el alcance de las inhabilidades contenidas en el artículo 179.8 de la Carta en caso de que los concejales o diputados quieran ser elegidos en periodos constitucionales cercanos, a cargos de elección en el Congreso. Al consultar lo dicho en la sentencia C-093 de 1994 de la Corte sobre la posibilidad de que los cargos no se sucedan en un mismo periodo, cuando hay una falta absoluta, que puede darse con la renuncia, el Consejo de Estado concluye que la renuncia de los concejales y diputados con anterioridad a la inscripción de sus candidaturas elimina incurrir en la inhabilidad mencionada de la doble gestión o vinculación a cargos públicos. Lo mismo ocurre con la inhabilidad relacionada con ser empleado público en los 12 meses anteriores, porque se acoge también lo mencionado por la Corte en el sentido de que los concejales y los diputados, son servidores públicos pero no empleados públicos.

|   |   |  |  |
|---|---|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>régimen de inhabilidades e Incompatibilidades. Inhabilidades para aspirar al cargo de Gobernador del Departamento para el periodo 2016-2019</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Álvaro Namén Vargas</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>2251</p> <p><b>Fecha:</b><br/>Abril 30 de 2015</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Alejandra Reyes</p> |
|---|---|--|--|

## CONSULTA

El ministro del Interior consulta a la Sala sobre diferentes supuestos fácticos relacionados con eventuales inhabilidades para aspirar al cargo de Gobernador de Departamento en el periodo 2016-2019, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

### Las preguntas:

1. ¿Puede un gobernador elegido para el periodo constitucional 2012-2015, cuya elección fue anulada, aspirar a ese mismo cargo para el periodo constitucional siguiente, esto es 2017-2019?
2. ¿Puede un gobernador elegido para el periodo constitucional 2012-2015, renunciar 12 meses antes de la inscripción de candidatos a la gobernación para el periodo 2016-2019 y no quedar inhabilitado en dicha elección?
3. ¿Puede un gobernador elegido para el periodo constitucional 2012-2015, quien fue retirado del cargo por inhabilidad sobreviviente, aspirar al mismo cargo para el periodo constitucional 2016-2019, teniendo en cuenta que la justicia contencioso-administrativa suspendió provisionalmente, uno o 2 de los fallos disciplinarios que dieron aplicación a esa inhabilidad?
4. ¿Puede un alcalde municipal elegido para el periodo constitucional 2012-2015 aspirar a ser gobernador en el departamento de la circunscripción al que pertenece el municipio, para el periodo constitucional 2016-2019, previa aceptación de la renuncia, teniendo como sustento el nuevo término, en cuanto a tiempo se refiere, señalado en el inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011?

## RESPUESTA

1. En las circunstancias anotadas en la pregunta, y con base en la actual legislación y jurisprudencia, la persona cuya elección como gobernador para el periodo 2012-2015 fue anulada mediante sentencia judicial, podrá aspirar a la gobernación para el periodo constitucional 2016-2019, toda vez que el acto de elección desapareció de la vida jurídica como consecuencia de la sentencia que declaró la nulidad de esa elección, por lo que no se configuraría la prohibición de reelección prevista en el artículo 303 de la Carta. Sin perjuicio de lo anterior, respecto al ciudadano interesado a aspirar a la Gobernación, deberá observarse el régimen general de inhabilidades previsto en la Constitución y la ley para ese cargo.

2. No. El artículo 303 de la Carta establece de manera expresa una causal de inelegibilidad a título de reelección para el ciudadano que fue elegido gobernador para el periodo constitucional 2012-2015, lo que le impide aspirar a la misma dignidad para el periodo 2016-2019, incluso si para materializar su aspiración renuncia al cargo 12 meses antes de la inscripción de candidatos para la gobernación.
3. No. El hecho de haber sido elegido gobernador en el periodo constitucional 2012-2015, le impide aspirar a esa misma dignidad para el periodo 2016-2019, por expresa disposición del artículo 303 C.P. Para la configuración de la causal de inelegibilidad prevista en el artículo 303 C.P., basta que un ciudadano haya sido elegido gobernador para el periodo 2012-2015, sin que resulte relevante la época dentro de ese periodo en la que sobrevino la inhabilidad prevista en el artículo 38, numeral 2, de la Ley 734 de 2002, o la suspensión provisional del acto o actos que sustentaron esa inelegibilidad y la consecuente restitución en el cargo.
4. Sí. En aplicación del inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 en concordancia con el numeral 2 del artículo 179 de la Carta, los alcaldes municipales elegidos para el periodo constitucional 2012-2015 interesados en aspirar al cargo de Gobernador del Departamento de la circunscripción territorial a la que pertenece el municipio, para el periodo constitucional 2016-2019, debieron renunciar y haberles sido debidamente aceptada su renuncia antes del 25 de octubre de 2014, considerando que la próxima elección de gobernadores se realizará el 25 de octubre de 2015. Sin perjuicio de lo anterior, respecto del ciudadano interesado en aspirar a la gobernación deberá observarse el régimen general de inhabilidades previsto en la Carta y la Ley para ese cargo.

## CONSIDERACIONES DEL PROYECTO

1. Interpretación del régimen de inhabilidades. (i) Las causales de inhabilidad son limitaciones al derecho fundamental a elegir y ser elegido y de acceder a funciones y cargos públicos (art. 40 C.P.). Tanto la Corte como el Consejo de Estado han señalado que las normas que consagran derechos y libertades deben interpretarse de la forma que garantice su más amplio ejercicio y, las que limiten derechos —como las inhabilidades e incompatibilidades y la exigencia de calidades para el desempeño de cargos públicos—, deben estar consagradas en la Carta o en la ley y no pueden interpretarse de manera extensiva, sino siempre de manera restrictiva. (ii) De acuerdo con la sentencia C-147 de 1998 de la Corte, el principio hermenéutico pro libertate en la interpretación de las inhabilidades implica que “entre 2 interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos”. (iii) Una interpretación restrictiva de las normas que consagran inhabilidades constituye además una aplicación del principio consagrado en el artículo 6 de la Carta que enuncia que “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley”, lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido. (iv) De allí que el Código Electoral en su artículo 1 establezca el principio de “capacidad electoral” según el cual “todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que limite su derecho. En consecuencia las causales de inhabilidad e incompatibilidad son de interpretación restringida”.

## 2. Supuestos fácticos planteados y alternativas de la Sala.

- Anulación de la elección del Gobernador del Departamento. *Supuesto Fáctico.* Aspiración de un ciudadano a la gobernación de un Departamento para el periodo constitucional 2016-2019, cuando su elección como gobernador para el periodo 2012-2015 fue anulada. *Alternativas que plantea la consulta.* (i) Está inhabilitado por haber sido gobernador en el periodo inmediatamente anterior (art. 197 y 303 C.P. y artículo 30 de la Ley 617 de 2000). (ii) No tendría inhabilidad considerando que los efectos de la declaratoria de nulidad del acto de elección retrotraen las cosas al estado anterior, y por lo mismo debe entenderse como si la persona nunca hubiera sido elegida. *Análisis de la Sala.* (i) Según sentencia del Consejo de Estado del 3 de noviembre de 2005, “la anulación de los actos administrativos produce efectos es tunc lo cual se interpreta como si el acto no hubiera existido jamás”; de manera tal que debe entenderse en estas materias, que el elegido nunca lo fue en realidad como resultado de la nulidad del acto. (ii) No obstante, “los actos expedidos por quien ejerció el cargo, no desaparecen de la vida jurídica, sino que están amparados por la presunción de legalidad y sus efectos no desaparecen con ocasión de la nulidad de la elección de quien los profriró. (iii) El Concepto 2085 comparte esa opinión y en materia electoral indicó además, que el efecto de la nulidad en lo referente a la prohibición de reelección implica que se entiende que la elección nunca se produjo por lo que no se tipifica la prohibición de ser reelegido. En lo que respecta a la prohibición de reelección para el periodo siguiente, al cargo de gobernador, consagrada en el artículo 303 de la Carta, esta no opera si el acto de elección previo desapareció de la vida jurídica como consecuencia de una sentencia que declaró la nulidad de la elección. La nulidad de la elección no es una sanción, por lo que no es una causal de inhabilidad. Y no importa si tienen presunción de legalidad las decisiones que se tomaron antes de la nulidad. Con todo, sigue operando el régimen de inhabilidades general previsto por la Constitución y la Ley para el ejercicio del cargo.
- Renuncia del gobernador en ejercicio para postularse nuevamente al mismo cargo para el periodo 2016-2019. *Supuesto Fáctico.* Un ciudadano elegido gobernador para el periodo 2012-2015, renuncia al cargo 12 meses antes de la inscripción de candidatos, para aplicar a esa misma dignidad para el periodo 2016-2019. *Alternativas que plantea la consulta.* (i) Está “inhabilitado” por haber sido gobernador en el periodo inmediatamente anterior (art. 303 C.P). (ii) No se incurre en “inhabilidad” en atención a que el inciso final del parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 establece que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas. *Análisis de la Sala.* (i) El artículo 4 de la Carta consagra el principio de supremacía de la Constitución y el artículo 303 superior, claramente establece la imposibilidad jurídica de la reelección inmediata de gobernadores. Así que, más que una inhabilidad electoral, el asunto se presenta como una imposibilidad jurídica. (ii) La Sala cita algunas sentencias de la Corte Constitucional (C-141 de 2010 y C-1040 de 2005) para dar cuenta del contexto histórico y la finalidad de la prohibición consagrada en el artículo 303 superior, que pretenden en este tema, evitar la concentración de poder en unas solas manos.

Al respecto, el concepto presenta la tesis de la Corte Constitucional llamada exclusión del *derecho al sufragio pasivo* (Sentencia C-410 de 2010) en la que se señala que no es que al candidato se le haya limitado su derecho a elegir y ser elegido, sino que el derecho a postularse de nuevo para los gobernadores, simplemente no surge a la vida jurídica en virtud del artículo constitucional enunciado. La inelegibilidad “comporta una exclusión del derecho al sufragio pasivo impuesta a [quienes]... ]... se encuentran en las circunstancias constitucionalmente contempladas”. (iii) Con base en lo anterior, la Sala estimó que la inelegibilidad proviene del previo ejercicio del cargo de gobernador, lo que impide que se pueda ser candidato y buscar inmediatamente otro mandato electoral para volver a ejercer como gobernador, en el periodo siguiente, en virtud de la exclusión del derecho al sufragio pasivo. (iv) Finalmente, sobre este punto se concluye además que la causal de inelegibilidad no se redime con la renuncia del cargo. Renunciar del cargo para volverse a postular, infringe de manera flagrante el querer del constituyente y la finalidad de la norma constitucional e implica un abuso del derecho a renunciar. Puede usarse la renuncia reiterada para hacerle fraude a la limitación constitucional. Por lo que quien fue elegido para el periodo 2012-2015 no puede aspirar a la misma dignidad en el periodo 2016-2019, incluso si renuncia 12 meses antes. (v) Finalmente, concluye la Sala que la ley 1475 de 2011 no es aplicable a la causal de ilegibilidad prevista en el artículo 303 de la Carta, porque esa ley se refiere a la aplicación de normas de rango legal, pero no opera frente a disposiciones constitucionales. Dice esa ley que “ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los Congresistas en la Carta”. Las prohibiciones de la Carta, sin embargo, no pueden ser susceptibles de modificación por vía legal.

- Inhabilidad sobreviniente de gobernador elegido para el periodo constitucional 2012-2015 y posibilidad de aspirar al mismo cargo en el periodo 2016-2019. *Supuesto fáctico*. Un ciudadano fue elegido gobernador para el periodo constitucional 2012-2015 y ejerciendo el cargo fue retirado del mismo en virtud de la figura de la inhabilidad sobreviniente prevista en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, pero “uno o dos de los fallos disciplinarios que dieron lugar a la inhabilidad fueron suspendidos” por la jurisdicción contencioso administrativa, y aspira a participar en las elecciones del 2016-2019 para el mismo cargo. *Alternativas que plantea la consulta*. (i) Está “inhabilitado” por haber sido gobernador en el periodo inmediatamente anterior (art. 303 C.P.) o (ii) por no haber ejercido el cargo más de 24 meses no incurre en la incompatibilidad del artículo 31 numeral 7 de la Ley 617 de 2000 y quedaría inhabilitado para participar en las elecciones para gobernador para el periodo 2016-2019. *Análisis de la Sala*. La consulta es ambigua pero se entiende que el gobernador fue elegido para el periodo 2012-2015 y que ejerciendo el cargo, acació la inhabilidad sobreviniente del artículo 38 de la Ley 732 de 2002 que se refiere a haber sido sancionado disciplinariamente 3 o más veces en los últimos 5 años. Al parecer el candidato fue sancionado una o 2 veces. Con base en lo anterior la Sala concluye que el hecho de haber sido elegido gobernador, ya le impide aspirar a la misma dignidad al siguiente periodo en los términos del artículo 303 C.P. Con todo, si fue retirado del cargo por la inhabilidad sobreviniente y uno o 2 de los fallos fueron suspendidos, lo que ocurre es que debió ser restituido al cargo, por lo que se encuentra en ejercicio del mismo y por este hecho tampoco puede ser reelegido. No importa la época en que se dio la inhabilidad porque la causal del artículo 303 C.P. solo exige la elección en el periodo anterior.

- Término para que se configure la inhabilidad del alcalde municipal elegido para el periodo constitucional 2012-2015 que, previa renuncia aceptada, aspira a ser elegido gobernador en el departamento, de la circunscripción a la que pertenece el municipio, para el periodo 2016-2019. *Su-puesto fáctico*. Alcalde municipal que renuncia a efectos de no quedar inhabilitado para aspirar al cargo de gobernador de departamento, de la circunscripción a la que pertenece el municipio, para el periodo 2016-2019. *Alternativas de la consulta*. (i) El término para que le sea aceptada la renuncia y evitar la correspondiente inhabilidad es el previsto en el artículo 31.7 de la Ley 617 de 2000. (ii) El término para que le sea aceptada la renuncia y evitar la correspondiente inhabilidad es el previsto en el inciso final de párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. *Análisis de la Sala*. La norma vigente a partir de la cual se configuraba la inhabilidad para los gobernadores era la Ley 617 de 2000, cuya interpretación había sido decantada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En el Concepto 2039 de 2010 la Sala dijo que: en el caso de la incompatibilidad enunciada, los alcaldes no pueden inscribirse como candidatos a ningún cargo de elección popular durante el periodo para el cual fueron elegidos. Así, el término que debe correr después del vencimiento del periodo constitucional o de la aceptación de la renuncia para poder inscribirse a cualquier cargo de elección popular es de 24 meses, si se trata de una elección en la respectiva circunscripción. Lo anterior, por cuanto una expresión del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 prohíbe elegir gobernador, a quien hubiera ejercido autoridad pública y administrativa en el mismo departamento, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección. Aunque según el artículo 39 de la misma ley el término es 24 meses. Cuando la aspiración sea en otra circunscripción la regla general sí son 12 meses (numerales 3 y 7 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000). Por lo tanto el alcalde municipal electo, en ejercicio del empleo, no podría inscribirse como gobernador del departamento en donde está el municipio, previa presentación de renuncia, porque se encuentra incurso en la prohibición del artículo 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000. La aceptación de la renuncia debe verificarse con una antelación no menor a 24 meses a la inscripción como candidato a un cargo de elección popular en el respectivo departamento (Art. 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000). En la Sentencia C-490 de 2011 la Corte Constitucional revisó el proyecto de ley estatutaria que se convertiría en la Ley 1475 de 2011 sobre organización y partidos políticos. Esa ley en el artículo 29 decía que el Presidente puede designar de ternas enviadas por el partido, a alcaldes o gobernadores en caso de faltas absolutas. Pero no pueden ser designados los que incurran en las inhabilidades a que se refieren los artículos 30 (1, 2,5 y 6) y 37 (1,4 y 5) de la Ley 617 de 2000. Luego de reiterar su jurisprudencia sobre las causales de inelegibilidad la Corte, de recordar que el tema de las inhabilidades es restrictivo y de que el límite es el régimen de los congresistas, declaró la exequibilidad condicionada de esta norma, “en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Carta”. Con lo anterior, se varió lo dicho en el Concepto 2039 de 2010 y el Consejo de Estado en la sentencia del 21 de febrero de 2013, en un proceso de nulidad contra la elección de gobernador, consideró que la inhabilidad del fue modificada por la Sentencia modulada C-490 de 2011 y por ello el término con el que se extiende la causal pasó de 24 a 12 meses.

Este recuento permitió concluir que todas las causales de inhabilidad previstas en la ley para cargos de elección popular que incorporan como elemento constitutivo el tiempo, quedaron modificadas en ese aspecto y el tiempo aludido corresponde al del numeral 2 del artículo 179 de la Carta, es decir “doce meses anteriores a la fecha de la elección”. En consecuencia, para los alcaldes municipales elegidos para el periodo 2012-2015 su renuncia para aspirar al cargo de gobernador, debió haber sido aceptada antes del 25 de octubre del 2014, porque las elecciones de gobernadores son el 25 de octubre de 2015.

## COMENTARIOS

Se destaca de esta providencia que la toma de decisiones de la Sala en 2 de los cuestionamientos propuestos por el Ministerio, recaen o se apoyan en tesis constitucionales propuestas parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 por la Corte Constitucional en 2 sentencias de constitucionalidad. En el primer caso, al acoger la teoría de la Corte del sufragio pasivo y las causales de inelegibilidad con respecto a la interpretación del artículo 303 superior, se deja claro que un gobernador elegido previamente no puede postularse o ser elegido para un periodo siguiente, porque el acto de una elección así, ante la prohibición constitucional, ni siquiera nace a la vida jurídica. En el segundo caso, la Sala acoge la interpretación modulada dada por la Corte en la Sentencia C-490 de 2011 sobre el parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, confirmando que el término de la inhabilidad para que un alcalde renuncie para aspirar al cargo de gobernador es de 12 meses y no de 24 como se decía en el régimen anterior.

# 6.

## Mecanismos de participación ciudadana

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>mecanismos de participación.<br/>Autoridad competente para asumir los costos de la realización de los mecanismos de participación ciudadana convocados en el nivel territorial.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Darío Amaya<br/>Navas</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>2381</p> <p><b>Fecha:</b><br/>marzo 6 de 2019</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Alejandra<br/>Reyes</p> |
|---|---|---|--|

### CONSULTA

El ministro del Interior consulta sobre cuál es la entidad que tiene que asumir los costos de la materialización y realización de los mecanismos de participación ciudadana, por diferencias entre la Registraduría Nacional y el Ministerio de Hacienda, que han llevado a la suspensión práctica de ese ejercicio ciudadano. La Registraduría considera que es ella, desde su presupuesto, la que debe asumir esos costos, como lo ha venido haciendo. Sin embargo, el Ministerio de Hacienda se abstiene de girarle los recursos, porque estima que son las entidades territoriales las que deben asumir el valor del despliegue de esos mecanismos, por ser convocados por ellas.

#### Las preguntas:

1. ¿Qué autoridad debe financiar los costos inherentes a un mecanismo de participación ciudadana convocado en el nivel territorial, en cumplimiento de las funciones constitucionales y legales a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil?

2. ¿De la normatividad vigente se puede entender que existe un criterio diferencial para suponer que, en caso de los mecanismos de participación ciudadana convocados en el nivel territorial, debe ser la entidad territorial convocante la que le asigne los recursos a la Registraduría Nacional del Estado Civil para el cumplimiento de sus funciones?

## RESPUESTA

1. La autoridad que debe financiar los costos inherentes a la realización de un mecanismo de participación ciudadana que requiera la expresión de la voluntad popular mediante sistemas de tipo electoral, convocado a nivel territorial, es la Registraduría Nacional del Estado Civil; dicho órgano electoral es el competente para dirigir, organizar y vigilar dichos mecanismos. No obstante, las entidades territoriales pueden apoyar, colaborar o concurrir en la financiación de los mismos, en virtud de los principios de colaboración armónica y autonomía territorial, en los términos expuestos en el presente concepto
2. A la pregunta 2: no. No hay ningún criterio diferencial que implique que sea la entidad territorial la que debe financiar un mecanismo de participación ciudadana de origen territorial. Pero, una entidad territorial si puede, en virtud de los principios de colaboración armónica y autonomía territorial, apoyar, colaborar o concurrir en la financiación de los mecanismos, en coordinación con el órgano electoral, según lo expuesto en el presente concepto.

La Ley 1940 de 2018 en su artículo 123 previó que el Gobierno y el Congreso, en la ley del Plan 2018-2022, regularían la realización de las consultas populares y la forma en que iban a concurrir la nación y las entidades territoriales. Pero esa disposición demuestra la actual insuficiencia normativa que impide concretar esa coordinación, máxime cuando en dicha normativa se hizo alusión únicamente al mecanismo de la consulta popular, dejando un vacío respecto del resto de mecanismos de participación ciudadana.

## CONSIDERACIONES DEL CONCEPTO

1. El Ministerio de Hacienda insiste en que según el artículo 33 de la Ley 1757 de 2015, la entidad territorial que convoque al mecanismo de participación debe aportar los recursos económicos para su organización y realización, y debe entregárselos a la Registraduría, según el artículo 71 del Decreto 111 de 1996. La Registraduría considera que es ella la que ha asumido los gastos de los mecanismos de participación, con su propio presupuesto, sean estos nacionales o territoriales, y que en caso de haber requerido recursos, los ha solicitado al Ministerio de Hacienda, quien se los ha otorgado. Sin embargo, en la actualidad esa entidad se niega a asignarle ese dinero para el cumplimiento de sus funciones, cuando se trata de decretos de convocatoria de autoridades territoriales.
2. El Ministro afirma que: (i) la regulación de la financiación de los mecanismos de participación ciudadana se puede ver en los artículos 105 y 106 de la Ley 134 de 1994 que indican que las apropiaciones para el efecto, se deben incluir en la ley anual de presupuesto. (ii) En el artículo 94 de la Ley 1757 de 2015 se indica que las entidades territoriales pueden disponer de su presupuesto de

gasto e inversión para financiar estos mecanismos; y (iii) la Registraduría Nacional, dentro de sus funciones constitucionales y legales, tiene atribuida la de dirigir y organizar los procesos electorales y demás mecanismos de participación ciudadana.

3. En las consideraciones de la consulta, la Sala señala lo siguiente:

- En cuanto a la democracia participativa, sostiene que con la expedición de la Constitución de 1991, pasamos de una democracia eminentemente representativa a una participativa, en la que los ciudadanos inciden de manera directa en la toma de decisiones que los afecten o que sean de su interés. Sobre este punto, destaca en extenso lo señalado en la Sentencia C-089 de 1994 de la Corte Constitucional que hizo un análisis amplio sobre las disposiciones constitucionales que incluyen un componente participativo, en la toma de decisiones. También cita la Sentencia C-150 de 2015, en la que la Corte precisa el cambio de un modelo de democracia exclusivamente representativa a un modelo más amplio de democracia participativa.
- En lo que respecta a la regulación de la participación ciudadana, sostiene la consulta que tal regulación ha sido dispersa y desarticulada. Con todo, en lo que respecta al caso, el legislador expidió 2 leyes estatutarias que se refieren a esa materia (la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015), sin perjuicio del desarrollo de otras formas de participación. En la primera de ellas se da cuenta de los diferentes mecanismos de participación clásicos contenidos en el artículo 103 de la Carta (iniciativa popular legislativa y normativa, referendo, consulta popular, revocatoria del mandato, plebiscito, cabildo abierto, participación, etc.), mientras que la Ley 1757 de 2015 complementa y modifica algunos aspectos de la ley previa, pues desarrolla temas adicionales, como la rendición de cuentas, las audiencias públicas de rendición de cuentas, las veedurías, la creación del Consejo Nacional de Participación Ciudadana, etc. De hecho, concluye que la democracia participativa es dinámica y se encuentra en constante evolución, por lo que cita varias sentencias de la Corte Constitucional sobre el carácter expansivo del principio democrático. (C-089 de 1994; C-180 de 1994; C-179 de 2002; SU-1122 de 2001, C-150 de 2015, entre otras).
- En materia de financiación de la democracia participativa, se recordó que la Corte Constitucional indicó en la Sentencia C-150 de 2015, que aunado al hecho de que la participación ciudadana es un derecho fundamental que merece especial protección constitucional, existe una obligación del Estado de garantizar su efectividad. No pueden las entidades públicas, en consecuencia, realizar acciones tendientes a eliminar cualquier expresión de la democracia. La Sentencia C-180 de 1994 (en la que se realizó el control previo de proyecto de ley que culminó en la Ley 134 de 1994) la Corte señaló que “no se pueden pensar en estructurar todo un estatuto de participación democrática si no se dispone de los recursos necesarios para hacerlos efectivos”. En la Sentencia C-150 de 2015 (que hizo lo propio frente al proyecto de ley que culminó en la Ley 1757 de 2015), la Corte señaló que “se encuentran proscritas todas aquellas regulaciones, medidas o prácticas que puedan tener como resultado la supresión de cualquiera de las expresiones de la democracia que han sido reconocidas en la Constitución”. Por lo tanto las autoridades están obligadas a promover y facilitar la participación de la ciudadanía, lo que implica además, asegurar la destinación de los recursos necesarios para garantizar la efectividad del derecho fundamental.

En consecuencia, tanto la Ley 134 de 1994, como la Ley 1757 de 2015 tienen disposiciones en materia de financiación de la participación democrática. La ley 134 de 1994 sin embargo, no diferenció la fuente de recursos para la realización de los mecanismos de participación cuya convocatoria provenga del nivel nacional o territorial. Solo indicó que en la ley nacional de presupuesto se den incluir las apropiaciones correspondientes para garantizar la realización de esos mecanismos de expresión democrática, de acuerdo con las disponibilidades fiscales pertinentes. Esas apropiaciones son incorporadas por el Ministerio de Hacienda al Presupuesto General de la Nación, para ser ejecutadas por la entidad del orden nacional que tenga asignada la función de dirigir y organizar esos mecanismos. La financiación de la Ley 1757 de 2015, está contenida en los artículos 94 al 100. No obstante en el artículo 94, subordina a la determinación de una metodología por parte de Planeación y el Ministerio de Hacienda, que no se ha hecho, la discriminación de gasto e inversión de las entidades del orden nacional y territorial en materia de participación. También la Ley 1940 de 2018, dispuso que en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 se regulara la concurrencia por parte de las entidades territoriales de la financiación de las consultas populares, pero eso tampoco se ha hecho. Por consiguiente, continúan presentándose vacíos en relación con la concurrencia de las entidades territoriales respecto del resto de mecanismos de participación ciudadana de origen territorial.

- La Sala revisa finalmente, las funciones de la Registraduría Nacional y llega a la conclusión de que es a ella a la que le corresponden las funciones de dirigir y organizar el proceso electoral y demás mecanismos de participación ciudadana y elaborar los respectivos calendarios electorales, de acuerdo con el Decreto Ley 1010 de 2000.

Además, como el artículo 105 de la Ley 134 de 1994 dispone que la Ley Nacional de Presupuesto debe incluir las apropiaciones para la realización de los procesos de participación sin diferenciación del nivel nacional o territorial, y la Registraduría es un órgano que forma parte del Presupuesto General de la Nación, en virtud del principio de especialización, las apropiaciones que se hagan en el presupuesto, deben referirse en cada órgano de la administración, con su objeto y funciones y con el fin para el cual fueron programadas, según lo dicho en la sentencia C-685 de 1996 de la Corte Constitucional. Por lo tanto, la fuente de los recursos para realizar los mecanismos de participación es el Presupuesto General de la Nación. Sin embargo, las entidades territoriales pueden apoyar la realización de esos mecanismos, en virtud de los principios de colaboración armónica y autonomía de las entidades territoriales. Aunque se recordó como lo dijo la sentencia C-246 de 2004 de la Corte, que esa colaboración no puede llegar “al extremo de desconocer el reparto funcional de competencias”.

Por lo anterior concluye la Sala que la función de dirigir y organizar los mecanismos de participación ciudadana de origen territorial que requieran la expresión del pueblo mediante el voto es competencia de la Registraduría Nacional y no de las entidades territoriales. Y por lo tanto es con los recursos del presupuesto general de la Nación asignados a dicho órgano que se sufragan los costos inherentes a tal actividad. Lo que no quiere decir que las entidades territoriales no puedan colaborar o apoyar en su financiación. Todo lo anterior, mediante convenios interadministrativos.

## COMENTARIOS

En esta decisión la Sala acoge lo dicho por la Corte Constitucional relacionado con la obligación del Estado de garantizar no solo el reconocimiento de la participación ciudadana como un derecho fundamental, sino la obligación del Estado de garantizar su efectividad, lo que implica que se destinen los recursos necesarios para asegurar el derecho. De lo que se colige que es deber del Estado asegurar por todos los medios la realización de ese derecho. Por ende, ante la falta de legislación clara sobre la concurrencia de las obligaciones financieras entre el nivel nacional y territorial, la determinación de la Carta de indicar que el dinero sale del presupuesto nacional y ante las obligaciones existentes sobre el particular en cabeza de la Registraduría, la Sala concluye que esta última es la competente, sin desmedro de que las entidades territoriales pueden colaborar mediante convenios interadministrativos.

|   |   |  |  |
|---|---|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>mecanismos de participación. El referendo y su utilización como mecanismo para reformar la Constitución</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>César Hoyos Salazar</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>1131</p> <p><b>Fecha:</b><br/>Agosto 6 de 2001</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Alejandra Reyes</p> |
|---|---|--|--|

## CONSULTA

El ministro del Interior consulta sobre el referendo aprobatorio consagrado en el artículo 5 de la Ley 134 de 1994<sup>337</sup> y sobre el referendo modificatorio de la Constitución.

### Las preguntas:

1. ¿El referendo aprobatorio consagrado en el artículo 5 de la Ley 134 de 1994, aprueba por sí mismo el texto reformatorio de la Constitución que ha sido incorporado al proyecto de ley negado en el Congreso; o por el contrario, requiere un doble referendo: uno para aprobar el proyecto de ley negado y otro para aprobar el texto modificatorio de la Constitución incorporado a dicho proyecto?
2. ¿Presentado al Congreso el proyecto de ley que convoca a un referendo y al cual se incorpora el texto modificatorio de la Constitución, debe el congreso pronunciarse exclusivamente sobre la aprobación o negación de la convocatoria a referendo; o por el contrario, debe además decidir sobre el contenido del texto reformatorio de la Constitución incorporado al proyecto de ley?
3. ¿Si el proyecto de ley que convoca al referendo es iniciativa gubernamental y no es adoptado por el Congreso, puede convocarse el referendo aprobatorio establecido por el artículo 5 de la ley 134 de 1994? ¿En caso afirmativo se requiere o no el respaldo de las firmas a que hace referencia el artículo 32 de la citada ley<sup>338</sup>?

### 337

ARTÍCULO 5. Referendo Aprobatorio. Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de acuerdo o de una resolución local, de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente.

### 338

Artículo 32. Respaldo para la convocatoria. Un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del censo electoral nacional, departamental, municipal, distrital o local, según el caso, podrá solicitar ante el Registrador del Estado Civil correspondiente la convocatoria de un referendo para la aprobación de un proyecto de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local de iniciativa popular que sea negado por la corporación respectiva o vencido el plazo de que trata el artículo 163 de la Constitución Política, o solicitar la derogatoria total o parcial de leyes, ordenanzas, acuerdos o resoluciones locales. (...)"

## RESPUESTA

1. A la pregunta 1: el artículo 5 de la Ley 134 de 1994 se limita a definir el referendo aprobatorio. La inclusión dentro de dicha definición del proyecto de acto legislativo, como materia del referendo aprobatorio, debe entenderse en concordancia con el artículo 378 de la Carta, y solo cuando la iniciativa del mismo proceda de un número de ciudadanos igual o superior al 5 por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva. Si el Congreso de la República niega, esto es, no adopta el proyecto de ley de iniciativa popular para convocatoria de un referendo destinado a aprobar un proyecto de reforma constitucional, en los términos del artículo 378, la opción que tienen los promotores de la iniciativa es acogerse a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 134 de 1994, esto es, completar un número de respaldos no menor al 10% del censo electoral de la circunscripción nacional para poder solicitar al Registrador certifique la procedibilidad de la convocatoria a referendo, en la cual se votará el proyecto de ley que hubiere sido negado y que tendrá incorporado el temario de reforma constitucional propuesto, presentado de tal manera que los electores puedan escoger libremente qué votan. Obtenida la certificación de la Registraduría y revisado el texto por la Corte Constitucional, el Gobierno convocará al referendo mediante decreto dentro de los 8 días siguientes en los términos del artículo 34 de la Ley 134 de 1994. La decisión adoptada por el pueblo por medio de la mitad más uno de los votantes, siempre y cuando haya participado una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral, comprende el proyecto de ley con el texto de la reforma constitucional presentado de tal manera, que sea votado negativa o afirmativamente.
2. A la pregunta 2: al tramitar el proyecto de ley de convocatoria de un referendo, en términos del artículo 378 superior, el Congreso tiene la facultad de analizar la conveniencia del proyecto de reforma constitucional que va a ser sometido a referendo, y de revisar formalmente el temario o el articulado para que quede redactado de manera que los electores puedan escoger libremente qué temas o artículos votan positivamente y cuáles votan negativamente. Pero el congreso no puede modificar sustancialmente el temario o articulado del proyecto de reforma constitucional, porque esto conduciría a desconocer la iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos, que es exclusiva en esta modalidad de referendo.
3. A la pregunta 3: si el proyecto de ley de convocatoria al referendo es de iniciativa gubernamental (o del 30% de los diputados o concejales del país) y no es adoptado por el Congreso, no es posible convocar el referendo aprobatorio establecido en el artículo 5 de la Ley 134 de 1994, porque esa norma solo le otorga esa prerrogativa a la iniciativa popular.

## CONSIDERACIONES DEL PROYECTO

Luego de describir el tema de la democracia participativa en la Carta del 91 (art. 1, 2, 3, 95 y 103) y señalar que la ley 134 de 1994 regula el tema de los mecanismos de participación ciudadana, recuerda la Sala que la sentencia C-180 de 1994, declaró exequible el proyecto que dio origen a la mencionada ley estatutaria.

1. El referendo es una convocatoria que se le hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma vigente (art. 3 Ley 134 de 1994). La sentencia de la Corte Constitucional previamente señalada, entendió por norma jurídica, acto legislativo, ley, ordenanza, acuerdo o resolución local.
2. Sobre el tema del referendo como un mecanismo de participación democrática, señala el concepto que el constituyente le dio a esta figura incluso el alcance de reformar la Carta conforme a lo que establece el artículo 374 superior, que autoriza la reforma de la Constitución por “el pueblo a través de referendo”. El procedimiento de reforma constitucional por el Congreso está regulado por el artículo 375 superior. La iniciativa puede ser del Gobierno, de 10 miembros del Congreso, 20% concejales y diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos al 5% del censo electoral vigente. Como el artículo 155 de la Carta atribuye la iniciativa de los proyectos de reforma constitucional al 30% de los concejales y diputados, la Corte resolvió esta discrepancia dando prelación al artículo 155 al reconocer que los actos reformatorios de la Carta deben estar sometidos a requisitos rigurosos. El artículo 237.4 otorga iniciativa al Consejo de Estado para presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución, mediante proyectos de actos legislativos. La reforma a través de Asamblea está regulada en el artículo 376 y la que se hace por referendo está regulada a su vez por el artículo 378 de la Constitución.
3. Sobre las distintas formas de referendo el concepto señaló que existe: (a) el referendo derogatorio, para que el pueblo decida si deroga o no una norma. (art. 4 de la Ley 134 de 1994). Este referendo tiene 2 modalidades: *El derogatorio de una reforma constitucional* aprobada por el Congreso (sobre derechos fundamentales, procedimientos de participación popular o el congreso) según el artículo 377 superior y el *derogatorio de una ley*, consagrado en el artículo 170 de la Carta, que se inicia con una solicitud a la organización electoral de un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, de la convocatoria a referendo para derogar una ley, que no puede ser aprobatoria de tratado internacional, o ley de presupuesto o tributaria. Por la ley 134 se extendió a ordenanza, acuerdo o resolución local. (b) *Referendo aprobatorio*. Sometimiento de un proyecto de acto legislativo, ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la Corporación Pública correspondiente, para que el pueblo decida su lo aprueba o lo rechaza. Cuando previa deliberación sobre el proyecto se haya negado. La Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994 encontró que la extensión legal del referendo a proyectos de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local era válida. El referendo aprobatorio, puede darse para convertir regiones administrativas en entidades territoriales (art. 307) o para aprobar un proyecto de ley de reforma constitucional (art. 378) y el cual el artículo 33 de la Ley 134 de 1994 denomina referendo constitucional.
4. El referendo constitucional se regula en el artículo 378 de la Carta y 33 de la Ley 134. Requiere un número de ciudadanos que propongan la iniciativa legislativa, del 5% del censo electoral o 30% de concejales o diputados, aunque también tiene iniciativa el Gobierno. El proyecto de ley que convoca a referendo pasa por el congreso, que aprobado, pasa a los electores con un temario para que voten. Se requiere pronunciamiento previo de la Corte Constitucional antes de la votación sobre la constitucionalidad de la

convocatoria, sobre vicios de procedimiento en su formación. Si el congreso no aprueba el proyecto, se puede hacer viable la iniciativa popular, según el artículo 32 de la Ley 134, si un número no menor al 10% del censo electoral de ciudadanos, solicita al Registrador convocar al referendo. La Corte Constitucional declaró exequibles tanto el artículo 5 como el artículo 32 de la Ley 134 de 1994, por lo tanto, si el proyecto de ley de iniciativa popular para la reforma de la Carta es negado, los promotores dispondrán de 6 meses para completar el 10% del censo electoral y solicitar al Registrador Nacional la convocatoria, conforme al procedimiento de los artículos 32, 34, y del 38 al 49 de la Ley 134/94.

## COMENTARIOS

En esta decisión de la Sala, acoge lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994 que declaró constitucional los artículos 5 y 32 de la Ley 134 de 1994, para considerar que es posible que luego de que el Congreso rechace una propuesta de modificación constitucional de iniciativa popular, se pueda aplicar el artículo 32 de la Ley en mención, para que el pueblo directamente busque a través de un referéndum constitucional modificar o reformar la Carta.

|  |  |   |  |
|--|--|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>mecanismos de participación. El referendo para la creación de un municipio. Control de constitucionalidad de la jurisdicción contenciosa. Término para ejercer el mecanismo.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Luis Camilo Osorio</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>1195</p> <p><b>Fecha:</b><br/>Mayo 27 de 1999</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Alejandra Reyes</p> |
|--|--|---|--|

## CONSULTA

El ministro del Interior consulta sobre la creación del municipio de Hato nuevo en la Guajira y sobre el papel que juega la figura del referendo en esa creación.

### Las preguntas:

1. ¿Es requisito previo someter a revisión del Tribunal Contencioso Administrativo el decreto de convocatoria da un referendo y de la ordenanza que crea un municipio, según lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 134 de 1994?
2. En el evento de ser la respuesta al anterior interrogante, afirmativa, ¿cuál es el término imperante para la realización del referendo, el de 3 meses previsto en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994 o el de 6 meses establecido en el artículo 39 de la Ley 134 de 1994?
3. Si el término acogido o conceptuado fuere el de 3 meses, se pregunta: ¿Es ajustado a nuestra legislación efectuar el referendo cuando hay necesidad de presentar nuevamente al Tribunal Contencioso los actos correspondientes, con los ajustes señalados por esa Corporación, y como consecuencia de ello el acto de participación ciudadana excede los 3 meses?

## RESPUESTAS

1. A la pregunta 1: el control constitucional ejercido por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con el decreto del gobernador que convoca al referendo y de la ordenanza que aprueba la creación de un municipio, se cumple de forma previa, conforme lo ordena la ley 134 de 1994 (art. 44).
2. A la pregunta 2: el término aplicable para que se efectúe referendo aprobatorio de ordenanza que disponga la creación de un municipio es el de 3 meses establecido por la ley 136 de 1998, artículo 8; el plazo de 6 meses previsto en el artículo 39 de la Ley 134 de 1994 se refiere a referendos organizados por iniciativa popular.

3. A la pregunta 3: el término de 3 meses señalados en la Ley 134 de 1994 es indicativo para que las autoridades encargadas de la realización del referendo lo efectúen en tal oportunidad, sin que el retardo con causa justificada pueda viciar de nulidad la expresión de la voluntad popular.

## CONSIDERACIONES DEL PROYECTO

1. La asamblea departamental de la Guajira mediante la ordenanza 01 de 1999 creó el municipio de Hato nuevo. El Gobernador, mediante el decreto 02 de 1999 convocó a referendo a la comunidad, para el 28 de marzo del mismo año. De acuerdo con el artículo 44 de la Ley 134 de 1994 esa misma autoridad remitió el 3 de febrero de 1999, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo el decreto en mención, para que surtiera su control previo de constitucionalidad. El Tribunal, mediante providencia del 18 de marzo de 1999, declaró que el Decreto no se ajustaba a la Constitución, decisión que se notificó el 24 de marzo. El Gobernador modificó entonces, mediante decreto, la fecha del referendo, para el 02 de mayo de 1999. En esa fecha el referendo se surtió y con votación mayoritaria, se avaló la creación del municipio.
2. Antes de la expedición de esta ordenanza, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 5 de noviembre de 1998, había declarado la nulidad del acto complejo de creación del municipio de Hato nuevo, conformado por una ordenanza del 9 de noviembre de 1994 y el referendo aprobatorio del 7 de mayo de 1995.
3. La preocupación de la consulta gira alrededor de la idea de que la celebración del referendo no pudo hacerse dentro del término de 3 meses contados desde la sanción de la ordenanza, porque se impediría un nuevo pronunciamiento del Tribunal. El Tribunal manifestó al respecto que, en la medida en que el Gobernador tuvo que corregir la convocatoria en razón a los defectos constitucionales que la original presentaba, el nuevo “trámite legal para esta revisión judicial hizo imposible que la realización del referéndum quedara comprendida dentro del plazo máximo legal establecido”; una situación que a juicio de esa autoridad judicial fue inevitable, pero que hace que lo importante sea que el referéndum se lleve a cabo en la nueva fecha, porque ese es el fin de la norma, para que se asegure la participación y voluntad de los ciudadanos.
4. En cuanto al tema del referendo, el concepto señala que existe: (a) el *referendo derogatorio*, cuando se somete parcial o íntegramente a consideración del pueblo un acto legislativo, ley ordenanza, acuerdo o resolución local, para que este decida si la deroga o no. (art. 4 de la Ley 134 de 1994) y (b) El referendo aprobatorio que se da, cuando lo que se somete a la consideración de la ciudadanía es un proyecto de los mencionados arriba, que sea de iniciativa popular y que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, para que le pueblo decida si lo aprueba o rechaza total o parcialmente. La ley estatutaria es la que regula el procedimiento para ese referendo.
5. La Corte Constitucional en ejercicio del control previo de constitucionalidad ordenado en el artículo 153 superior, mediante la Sentencia C-180 de 1994, reiteró el contenido de otras sentencias como la C-011 de 1994, la C-088 de 1994 y la C-089 de 1994 sobre el rango constitucional superior

que caracteriza a las leyes estatutarias, tanto en su contenido material como en el trámite para su formación. En cuanto a la exequibilidad del control previo de constitucionalidad a la convocatoria a referendo, indicó la Corte que: (i) el artículo 44 de la Ley 134 prevé este control en cabeza de los Tribunales competentes, en el caso de referendos departamentales, municipales y locales y (ii) que se trata de un control solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. La creación de municipios se produce por actos administrativos complejos, como lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la medida en que son los resultados del concurso de voluntades de la asamblea y el Gobierno departamentales y de la comunidad interesada. Estas actuaciones se concatenan para constituirse en un todo jurídico, por lo que el vicio en uno de ellos puede tener consecuencia para los demás actos (ordenanza, convocatoria, referendo, etc.). El acto complejo que se forma puede ser demandado ante el Consejo de Estado.

6. En cuanto al término para la realización del referendo, se tiene que el plazo de 6 meses solo se refiere a los referendos que se originan en la iniciativa popular, y su término se cuenta a partir de la presentación de la solicitud. El término cuando la iniciativa es gubernamental es de 3 meses, conforme al artículo 8 de la Ley 134 de 1994. Sin embargo, según el concepto, ese término no es preclusivo sino indicativo para que las autoridades encargadas lo realicen en ese plazo, bajo la condición de que se cumplan todos los trámites, incluido el control de constitucionalidad. Así: El vencimiento del término de 3 meses para la realización de la participación democrática, por razones que justifiquen la mora, no puede tener como consecuencia la ineficacia del referendo y de la ordenanza de creación del respectivo municipio, entendidos como un todo jurídico; máxime que en este caso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio del control de legalidad, verificó las causas que originaron el retardo y determinó que no hubo violación al régimen jurídico porque existieron razones para la postergación de la fecha. Además, porque si ello fuera así, bastaría la inercia de las autoridades encargadas de la celebración del referéndum, para mandar al traste los derechos políticos de la comunidad y su participación democrática, que son derechos fundamentales. En casos de demora, podría indagarse sobre la responsabilidad del funcionario en ello, pero no se afectaría el acto en sí mismo considerado, si la demora está debidamente fundada.

## COMENTARIOS

En esta decisión de la Sala, acoge lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994 que declaró constitucional el proyecto de la Ley 134 de 1994 y retomó lo dicho por esa Corporación en cuanto a la Constitucionalidad del control previo de constitucionalidad que realiza el Tribunal. Como este aspecto es parte de la exigencia del acto complejo de creación municipal, la providencia concluye que el término de 3 meses para la realización del referéndum, por ser un acto complejo, es solo indicativo y no vicia de nulidad la expresión de la voluntad popular.

## 7.

# Creación o autorización de entidades administrativas descentralizadas por servicios

|   |   |  |
|---|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>creación o autorización de entidades administrativas descentralizadas por servicios. Artículo 69 de la Ley 489 de 1998. Estudio demostrativo</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Departamento Administrativo de la Función Pública</p>  | <p><b>C.P.:</b><br/>Ana María Charry Gaitán</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>2496</p> <p><b>Fecha:</b><br/>Febrero 22 de 2023</p> |
| <p><b>CONSULTA</b></p>  |   |  |
| <p>El Gobierno Nacional, por conducto del director del Departamento Administrativo de la Función Pública, y a solicitud de la alcaldesa mayor de Bogotá, D.C., formula a la Sala una consulta acerca de la interpretación del artículo 69 de la Ley 489 de 1998<sup>339</sup>, que se refiere a la creación de entidades administrativas descentralizadas, y, en particular, sobre el alcance de la exigencia de acompañar un “estudio demostrativo que justifique la iniciativa”, a que se refiere esta disposición.</p> |   |  |

## 339

Artículo 69. Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

### Las preguntas:

1. ¿Existe una definición legal de ‘estudio demostrativo’ [sic] como nuevo documento que deberá acompañarse para justificar la iniciativa de creación?
2. ¿Podría entenderse que solo para la creación propiamente dicha resulta exigible tal estudio demostrativo?
3. ¿Podría entenderse que a partir del momento en que se autoriza la creación de la entidad, se inicia la elaboración del estudio demostrativo con los análisis técnicos, administrativos, jurídicos y presupuestales requeridos que la justifican?
4. Si se entendiera que se deben cumplir los mismos requisitos en el estudio demostrativo bien sea para autorizar la creación de una entidad o para aprobar su creación, carecería de sentido la primera pues conforme a sus competencias constitucionales y legales el legislador, la asamblea o el concejo municipal procederán a crearla directamente. ¿Entonces para que [sic] contemplaría el legislador la figura de la autorización?

### RESPUESTAS

1. A la pregunta 1: en primer lugar, el “estudio demostrativo” no es un “nuevo documento” que se exija para la creación o autorización de una entidad descentralizada, pues dicho requisito está previsto en el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, desde su promulgación (30 de diciembre de ese año).

En segundo lugar, no existe una definición legal o reglamentaria de la expresión “estudio demostrativo”, que la norma citada utiliza.

Sin embargo, al efectuar una interpretación exegética, sistemática y finalista de dicha disposición, a la luz de otras normas de esa ley y de la Constitución Política, se infiere claramente que el “estudio demostrativo” es un documento en el que, como resultado de un adecuado proceso de planeación, se consignan los hechos, datos, argumentos y análisis que permitan demostrar la necesidad o conveniencia de crear o autorizar la creación de una nueva entidad descentralizada, para cumplir determinado fin del Estado; su viabilidad jurídica, financiera y social; las características que tendrá la nueva entidad, conforme a lo previsto en los artículos 50, 98 y 100 de la Ley 489 (según el caso), entre otras normas, así como el cumplimiento de los principios de la función administrativa (artículo 209 superior).

Dicho “estudio” puede estar contenido en un documento separado, que se aporte como anexo a la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, o puede estar incluido en la exposición de motivos, siempre que tenga el contenido informativo y analítico que se explica en este concepto.

Tal como se explica en este concepto, el “estudio demostrativo” que justifique la iniciativa, con el alcance que se ha descrito, debe presentarse tanto en el caso de los proyectos de ley, ordenanza o acuerdo que pretendan crear directamente una entidad descentralizada, como en el de aquellos que tengan por objeto autorizar la creación de una entidad de este tipo, según lo dispuesto en la Constitución Política y la ley.

En el caso de las entidades cuya creación puede ser autorizada por el Congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales, según el caso, no es necesario presentar posteriormente el mismo “estudio demostrativo”, u otro adicional, durante el proceso de creación de la entidad descentralizada.

## CONSIDERACIONES DEL CONCEPTO

1. En cuanto a la creación de entidades administrativas descentralizadas por servicios señala el concepto que:

Dentro de la Rama Ejecutiva del poder público, tanto en el orden nacional como en el territorial (departamental, distrital y municipal), se distingue entre el sector central y el sector descentralizado. El sector central está conformado por aquellas dependencias y organismos principales, encargados de fijar e implementar las políticas del Gobierno respectivo, establecer las metas y prioridades, y dirigir la gestión administrativa en sus diferentes campos de acción (sectores administrativos).

Por su lado, el sector descentralizado está constituido por las entidades descentralizadas por servicios, que son personas jurídicas públicas, dotadas de autonomía administrativa, patrimonial y técnica, pero sujetas a un control político y a la suprema dirección del órgano del sector central al cual se encuentran adscritas o vinculadas (“control de tutela”). Dichas entidades se constituyen para la ejecución de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales y comerciales determinadas (Ley 489 de 1998, artículo 68).

Al margen de estas, se encuentran las entidades descentralizadas territorialmente, previstas en el artículo 286 de la Constitución Política (departamentos, municipios, distritos y territorios indígenas, principalmente), a las que la misma Carta reconoce autonomía (artículos 1 y 287, entre otros). Tales entidades pueden constituir, a su vez, entidades descentralizadas por servicios, para que formen parte de la Rama Ejecutiva, en el nivel territorial correspondiente. (ver Sentencia C-691 de 2007<sup>340</sup>)

1. *Creación de entidades descentralizadas.* La Carta Política otorga competencias en principio concurrentes al Congreso y al Presidente de la República, y replica casi en su totalidad este esquema en el nivel subnacional, como pasa a verse, en materia de creación. En efecto, el artículo 150 dispone que al Congreso de la República le corresponde hacer las leyes, para cumplir las funciones que allí se establecen, entre las cuales, se destaca:
  - Determinar la estructura de la administración nacional y **crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica;**

reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, **crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta** [énfasis añadido].

Es importante aclarar que las leyes mediante las cuales se ejerzan estas funciones solo pueden ser expedidas por iniciativa del Gobierno Nacional, como lo dispone expresamente el artículo 154 de la Carta Política, en su segundo inciso<sup>341</sup>.

En concordancia con el artículo 150, numeral 7, el artículo 210 de la Constitución Política preceptúa que “[l]as entidades del orden nacional descentralizadas por servicios **solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa**” [énfasis añadido], previstos en el artículo 209 de la misma Carta.

Por su parte, según lo ordenado por el artículo 189 superior, al Presidente de la República, como jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, le corresponde, en este campo: (i) suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales, de conformidad con la ley (numeral 15); (ii) modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley (numeral 16), y (iii) distribuir los negocios, según su naturaleza, entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos (numeral 17).

Ahora bien, en el nivel territorial, las normas constitucionales establecen una distribución de competencias similar. Así, conforme al artículo 300, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo número 1 de 1996, a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, les corresponde, entre otras funciones

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

Disposición similar, para los municipios, está contenida en el artículo 313, numeral 6. , de la Carta. Vale la pena señalar que, de acuerdo con esta norma y con el artículo 300 (inciso final) de la Constitución, la iniciativa para la expedición de los acuerdos o las ordenanzas mediante las cuales se ejerzan estas atribuciones corresponde exclusivamente a los alcaldes y gobernadores, en forma análoga a lo previsto para el nivel nacional.

Artículo 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; [...] [énfasis añadido].

De conformidad con la Constitución, las entidades descentralizadas por servicios a nivel nacional deben ser creadas por el Legislador, a solicitud del Gobierno. No obstante, en el caso particular de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, también pueden ser autorizadas por el Legislador, para su posterior creación por parte del Ejecutivo.

En el nivel territorial, las entidades descentralizadas por servicios deben ser *creadas directamente* por la respectiva asamblea departamental, concejo municipal o concejo distrital, a iniciativa del gobernador o alcalde respectivo, con excepción de las sociedades de economía mixta, cuya constitución puede ser *autorizada* por la respectiva corporación de elección popular.

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito nacional, las asambleas y los concejos solamente pueden autorizar a los gobiernos locales para crear sociedades de economía mixta, y no empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales deben ser creadas directamente por el respectivo órgano de elección popular. (Ver. Sentencia C-691 de 2007)

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil observó lo siguiente, en el Concepto 1844 de 2007<sup>342</sup>:

17. Solamente para el nivel nacional, la Constitución prevé la autorización para constituir empresas industriales y comerciales del Estado. [...]

En ejercicio de la función prevista en el artículo 150, numeral 7, superior, el Congreso de la República expidió la Ley 489 de 1998, cuyo artículo 39 dispone, en lo pertinente, sobre la conformación de la Administración Pública, lo siguiente:

Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. [...]

En armonía con dicho precepto, y en desarrollo de lo dispuesto allí, el artículo 38 *ibidem* establece la estructura de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional. De acuerdo con esta norma, las entidades que conforman el sector descentralizado son: a) Los establecimientos públicos; b) Las empresas industriales y comerciales del Estado; c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; 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<sup>343</sup>.

Además de estas personas jurídicas, la Ley 489 de 1998 regula las denominadas “entidades descentralizadas indirectas”, es decir, aquellas entidades descentralizadas por servicios creadas con la participación de otras ya establecidas. Dentro de aquellas, se encuentran las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta (artículo 49, parágrafo), así como las entidades sin ánimo de lucro surgidas de la asociación de varias entidades públicas (artículo 95), o de estas con particulares (artículo 96).

En cuanto a la creación o constitución de las entidades descentralizadas, es importante citar, en particular, lo dispuesto por el artículo 49 de la ley en mención:

Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

**Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.**

**Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal**

Parágrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal. [énfasis añadido].

Como se aprecia, esta norma, que desarrolla lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 150 de la Carta Política, establece claramente que, por regla general, tanto los organismos del sector central como las entidades que conforman el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional, deben ser creados directamente por el Legislador, a iniciativa del Gobierno Nacional, con excepción de:

- Las empresas industriales y comerciales del Estado, que pueden ser creadas directamente por el Congreso, o cuya creación **puede ser autorizada** por este.
- Las sociedades de economía mixta, las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y otras entidades descentralizadas indirectas, cuya creación debe ser **autorizada** por el Legislador (y, adicionalmente, en el caso de estas 2 últimas, por el Gobierno Nacional, departamental, municipal o distrital, según corresponda).
- Ahora bien, es importante precisar que, aun cuando el numeral 7 del artículo 150 superior establece que el Congreso puede “crear o autorizar la constitución” [énfasis añadido] de sociedades de economía mixta, la jurisprudencia<sup>344</sup> y la doctrina<sup>345</sup> han aclarado que no es posible que el Legislador cree directamente este tipo sociedades, ni, en general, entidades descentralizadas de carácter asociativo (incluyendo las entidades sin ánimo de lucro de este tipo, como las asociaciones y las corporaciones),

porque su constitución exige la concurrencia de voluntades entre el Estado y los particulares, o entre diferentes entidades públicas, así como el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Comercio o en el Código Civil, según el caso. En esa medida, el Congreso solo puede autorizar la creación de este tipo de sociedades y entidades, para que el Gobierno Nacional y las entidades públicas que vayan a participar en su constitución procedan a crearlas, tal como se encuentra regulado en la Ley 489 de 1998. Sobre este punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, revisó el tema de la creación de sociedades de economía mixta, en el Concepto 2242 de 2015.

Ahora bien, dado que la consulta se refiere específicamente a la interpretación del artículo 69 de la Ley 489, es necesario transcribir dicha norma: “Artículo 69. Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, **por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley**. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política”. [énfasis añadido].

En la consulta, se advierte que esta disposición preceptúa que las entidades descentralizadas, tanto en el orden nacional como en el territorial, pueden ser creadas o autorizadas por la ley, las ordenanzas departamentales o los acuerdos municipales o distritales, según el caso. Sin embargo, la Sala resalta que la misma norma citada establece que la creación o la autorización para la creación de tales entidades debe hacerse “de conformidad con las disposiciones de la presente ley”, expresión que alude, como es obvio, a los demás preceptos de la Ley 489 de 1998 (sin dejar de lado, claro está, las normas constitucionales que resulten aplicables).

Se concluye que: de conformidad con la Constitución, las entidades descentralizadas por servicios a nivel nacional deben ser creadas por el Legislador, a solicitud del Gobierno. En el caso particular de las empresas industriales y comerciales, también pueden ser autorizadas por el Legislador, para su posterior creación por parte del Ejecutivo. Por su parte, de conformidad con el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes, las entidades descentralizadas por servicios a nivel territorial deben ser creadas por las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales, según corresponda. Lo anterior, con excepción de las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas de carácter asociativo, las cuales pueden ser autorizadas por el Legislador, las asambleas o los concejos municipales o distritales, respectivamente. Vale la pena aclarar que nada de lo anterior impide que el Congreso o, en su caso, las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales concedan, al respectivo Gobierno, facultades extraordinarias para la creación de cualquier clase de entidad descentralizada, pues ello no se encuentra prohibido por la Constitución, como lo ha señalado la jurisprudencia. Así, cuando el artículo 69 de la Ley 489 dispone que las entidades descentralizadas pueden ser creadas por la ley, las ordenanzas o los acuerdos, o con su autorización, no significa que el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales puedan decidir si crean, en forma directa, o autorizan la creación de una determinada entidad descentralizada por servicios, pues ello depende del tipo y el nivel de la respectiva entidad.

2. El “estudio demostrativo” que exige el artículo 69 de la Ley 489 de 1998

En primer lugar, es necesario señalar que la Sala no conoce norma legal o reglamentaria alguna que defina tal expresión. Por otra parte, al revisar los antecedentes legislativos de la Ley 489 de 1998, tampoco se encuentra ninguna explicación sobre dicho concepto. Dado lo anterior, es necesario acudir a otras fuentes y a otros métodos de interpretación, como el exegético, el sistemático y el finalista, para lo cual vale la pena transcribir, de nuevo, lo dispuesto en la segunda parte de la norma: “El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política” [énfasis añadido].

En primer lugar, y desde un punto de vista exegético, dado que la expresión resaltada -o las voces que la componen- no tienen una definición especial en la ley, resulta forzoso acudir a su “sentido natural y obvio, según el uso general de las [...] palabras”<sup>346</sup>, como lo ordena el artículo 28 del Código Civil. Desde esta perspectiva, los términos “estudio”, “demostrativo” y “justificar” tienen los siguientes significados, entre otros, según el Diccionario de la Lengua Española:

- **Estudio (tercera acepción):** “Obra de cierta extensión en que se expone y analiza una cuestión determinada”.
- **Demostrativo (primera acepción):** “Que demuestra”.
- **Justificar (primera acepción):** “Probar algo con razones convincentes, testigos y documentos”.

Así, desde el punto de vista semántico, es indudable que, cuando el artículo 69 de la Ley 489 de 1998 exige que se presente un “estudio demostrativo que justifique la iniciativa”, se refiere a un documento en el que se demuestre la necesidad o la conveniencia de crear o autorizar la creación (según el caso) de una entidad descentralizada, así como la viabilidad de la iniciativa.

Ahora bien, desde una perspectiva sistemática, debe reiterarse, en primer lugar, que la iniciativa normativa para este tipo de asuntos está radicada constitucionalmente en el Gobierno Nacional y en los gobiernos departamentales, distritales y municipales, de forma exclusiva, y que la decisión correspondiente es competencia del Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales, mediante ley, ordenanza o acuerdo, respectivamente.

Esto implica que, cuando la norma que se comenta utiliza las palabras “proyecto” e “iniciativa”, se refiere, en concreto, al proyecto de ley, de ordenanza o de acuerdo. Lo anterior permite arribar a una primera conclusión: el “estudio demostrativo” debe ser elaborado y presentado por el Gobierno Nacional, el departamental, el distrital o el municipal, ante el Congreso, la asamblea departamental o el concejo municipal o distrital, según el caso, junto con el proyecto de ley, de ordenanza o de acuerdo en el que se proponga la creación de la entidad descentralizada por servicios, o se solicite la autorización para crearla, cuando ello resulta posible.

Para efectos de la consulta, es importante resaltar que el artículo 69 de la Ley 489 no hace distinción alguna, con relación a dicha exigencia, entre los casos en que la corporación pública de elección popular debe crear directamente la entidad descentralizada (regla general), y aquellos en los que puede o debe autorizar al Gobierno Nacional o local para hacerlo. En esa medida, es claro que el “estudio demostrativo” se requiere en ambas hipótesis. En apoyo de dicho aserto, debe tenerse en cuenta que la decisión política de dar origen a una nueva entidad descentralizada la toma siempre el Estado, por conducto del respectivo órgano de representación popular (Congreso, asamblea departamental o concejo distrital o municipal), ya sea en forma directa e inmediata, o bien de manera indirecta y mediata (autorizando al Ejecutivo), y que la iniciativa, en ambos casos, le corresponde a este último.

Por lo tanto, en los 2 eventos, se requiere que el Gobierno Nacional o territorial aporte a la respectiva corporación pública de elección popular la información completa, clara y pertinente; los análisis, y los argumentos objetivos, razonables, demostrables y convincentes que le permitan a dicho órgano tomar la decisión correspondiente.

Lo anterior se ratifica, igualmente, al revisar otras disposiciones de la Ley 489 de 1998, que establecen los requisitos que deben tener los actos de creación o constitución de las entidades descentralizadas, especialmente, los artículos 50, 98 y 100. De las normas citadas, se infiere que las condiciones básicas para la participación del Estado en una sociedad de economía mixta deben quedar establecidas desde la misma ley, ordenanza o acuerdo (en el caso de las sociedades del nivel territorial) que autorice su creación, y deben reflejarse, igualmente, en el respectivo acto de constitución (escritura pública o documento privado, según el tipo de sociedad).

Estas condiciones, a juicio de la Sala, deben incluir, según las normas citadas: (i) el tipo de entidad de que se trate (en este caso, una sociedad de economía mixta); (ii) el orden al cual pertenecerá (nacional, departamental, distrital o municipal); (iii) su objeto y fines generales; (iv) la entidad o entidades públicas autorizadas para participar en su constitución; (v) el grado de participación que dichas entidades tendrán, inicialmente, en el capital social; (vi) el valor y el tipo de aportes que pueden realizar, así como la fuente de los recursos y el soporte presupuestal correspondiente, y (vii) el organismo administrativo del sector central al cual estará vinculada.

Todos estos aspectos de las entidades descentralizadas que vayan a crearse o autorizarse, tanto en el caso de las que son creadas directamente por el Congreso de la República, las asambleas y los concejos, como en el de aquellas cuya constitución puede ser autorizada por tales corporaciones, deben quedar previstos claramente en el proyecto de ley, de ordenanza o de acuerdo correspondiente.

Lo anterior permite deducir, a su vez, que el “documento justificativo” de la iniciativa, que el Ejecutivo debe presentar ante las mismas corporaciones de elección popular, ha de incluir una explicación detallada de estas características y condiciones, junto con los hechos, los datos, las normas y los argumentos que las justifiquen o fundamenten, desde el punto de vista jurídico, técnico, financiero y administrativo.

En el mismo sentido, puede citarse lo que establece el artículo 19, numeral 20, de la Ley 2200 de 2022<sup>347</sup>, sobre el contenido de los estudios que se requieren para crear una entidad descentralizada del orden departamental.

Ahora bien, **bajo una interpretación finalista o teleológica**, es importante detenerse en lo dispuesto por la parte final del artículo 69 de la Ley 489, cuando establece que la justificación de la iniciativa de creación o autorización de la entidad descentralizada, contenida en el “estudio demostrativo”, debe observar los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política. Merece la pena recordar que, conforme a dicho canon constitucional, “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”. Tales principios están definidos y desarrollados, justamente, en la Ley 489 de 1998 (artículos 3 a 14) y en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Lo que más importa resaltar, de este conjunto de normas, para los efectos de este concepto, es que la creación o autorización de una nueva entidad descentralizada es una decisión trascendente, desde el punto de vista jurídico, administrativo, económico, ambiental y social, que modifica, de manera permanente, la estructura de la Administración, a nivel nacional o territorial.

Por lo tanto, lo que busca la ley con el “estudio demostrativo” es evitar que la decisión de crear una entidad de esta clase sea fruto del afán, la improvisación, la ligereza, la coyuntura política o el capricho del gobernante de turno, y lograr que constituya, por el contrario, una decisión debidamente razonada, evaluada en todos sus aspectos (jurídico, financiero, técnico, administrativo y ambiental, entre otros), sustentada, ponderada en todas sus implicaciones y planificada.

Para la Sala, la creación o constitución de cualquier entidad descentralizada es una decisión que debe estar precedida de un adecuado proceso de planeación.

En todo caso, es pertinente aclarar que ni el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, ni otra norma, exigen que el “estudio demostrativo” se elabore y aporte como un documento separado, por lo que nada impide que dicho análisis se incorpore dentro de la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, de ordenanza o de acuerdo, para su consideración y discusión, por parte de la respectiva corporación pública.

Finalmente, vale la pena aclarar que, en el caso de las entidades descentralizadas cuya creación puede ser autorizada por el órgano de representación popular competente, ninguna de las normas citadas exige que, una vez allegado el estudio demostrativo, en la forma y en el momento que se han explicado, dicho documento deba entregarse de nuevo, o deba presentarse un estudio adicional, durante el proceso de creación de la entidad (incluyendo el decreto que la crea, cuando sea el caso, o la firma de los contratos de sociedad, los estatutos, las actas de creación o los demás documentos requeridos por la ley).

## COMENTARIOS

En esta decisión de la Sala realiza un estudio constitucional para determinar la naturaleza de una entidad descentralizada y las reglas de creación conforme a la Carta. A partir de allí y a través de una interpretación exegética, el sistemática y el finalista interpreta el alcance de lo que se entiende por estudio demostrativo para dar cuenta de en qué momento y quien debe justificar la creación de una de estas entidades conforme a la Carta y a la Ley.

## 8.

# Alcance de la función consultiva para precaver litigios

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>         Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Interés litigioso de la nación. Mediación en controversias jurídicas entre entidades del orden nacional y territorial, y entre entidades territoriales. Alcance de la función prevista en el numeral 7, artículo 112 del CPACA, en relación con entidades del orden territorial.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>         Ministerio de Justicia y del Derecho</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>         Luis Camilo Osorio</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>         2494</p> <p><b>Fecha:</b><br/>         Mayo 16 de 2023</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>         Alejandra Reyes</p> |
|--|---|---|---|

## CONSULTA

El ministro de Justicia y del Derecho formuló consulta a la Sala, por solicitud de la directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, ANDJE), sobre el alcance de la noción “interés litigioso de la nación”, así como respecto de las facultades que tiene esa Agencia para (i) mediar en las controversias jurídicas entre entidades del orden nacional y territorial, y entre entidades territoriales; y (ii) pedir concepto a esta Corporación con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente entre entidades del orden territorial, según lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA).

Al respecto, el ministro sostuvo que el Decreto Ley 4085 de 2011 en su artículo 6.3 establece la función de la ANDJE de asumir la representación judicial de entidades y organismos de la Administración Pública y de actuar como interviniente en los procesos judiciales, en los que “estén involucrados los intereses de la Nación”. También que la defensa jurídica de la Nación comprende, entre otras actividades, “la participación en procesos judiciales o administrativos en los que la nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir” (artículo 3, D.L. 4085 de 2011). A su vez, que la ANDJE tiene como función la defensa de los “intereses litigiosos de la Nación” (artículo 2, del D.L. 4085 de 2011) y que según el artículo 610 del Código General del Proceso la ANDJE podrá intervenir, en cualquier estado del proceso y ante cualquier jurisdicción “en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado”. Finalmente, que el parágrafo primero del artículo 6 del D.L. 4085 de 2011 afirma que la ANDJE puede ejercer la representación judicial de entidades territoriales mediante la “suscripción de convenios interadministrativos y el correspondiente otorgamiento de poder”.

Igualmente, aludió a la función de la Sala de Consulta y Servicio Civil prevista en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA, reformado por la Ley 2080 de 2021, que faculta a la ANDJE para solicitar concepto sobre las controversias jurídicas entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial para precaver un litigio o poner fin a uno existente. No obstante, agrega el ministro, que de la norma no se “advierde que la Agencia tenga esa facultad cuando la controversia se presenta solamente entre entidades del orden territorial, por lo que genera el interrogante si sobre este tipo de conflictos la Agencia puede solicitar concepto”.

También cita el numeral 3 del artículo 6 del D.L. 4085 de 2011 que determina la función de la Agencia de “actuar como mediador en los conflictos que se originen entre entidades y organismos del orden nacional”. Agrega que el objeto de la mediación se encuentra establecido en el artículo 2.2.3.2.2.1.1. del Decreto 2137 de 2015, el cual transcribe, normas respecto de las cuales “surge el interrogante acerca de si la Agencia está facultada para mediar en las controversias que surgen entre entidades del orden nacional y territorial, y entre entidades del orden territorial”.

Por lo tanto, bajo ese contexto, el ministro sostiene que surgen dudas sobre cuál es el alcance y concepto de interés litigioso de la nación, concretamente si este involucra la facultad de la ANDJE de intervenir en asuntos judiciales en los que se demanda a una entidad pública del orden territorial. Asimismo, el ministro plantea la inquietud sobre si en un proceso judicial que se adelanta contra una entidad pública del orden territorial se afecta el interés litigioso de la nación y si este concepto incluye el de “interés patrimonial del Estado”.

### **Las preguntas:**

1. ¿“La Agencia puede solicitar concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil, con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente, cuando se trate de controversias jurídicas entre entidades del orden territorial”?
2. ¿“Cuál es el concepto de interés litigioso de la Nación y si su alcance comprende los intereses litigiosos de las entidades del orden territorial”?
3. ¿“El concepto de interés litigioso de la Nación incluye el de interés patrimonial del Estado”?
4. ¿“A la luz de las disposiciones que establecen y reglamentan las funciones y competencias de la Agencia, puede considerarse que está habilitada para defender los intereses litigiosos de entidades territoriales”?
5. ¿“Puede la Agencia mediar en conflictos entre entidades del orden nacional y territorial”?
6. ¿“Puede la Agencia mediar en conflictos entre entidades del orden territorial”?

## **RESPUESTAS**

A la pregunta 1: sí. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede solicitar el concepto previsto en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA con el propósito de defender el patrimonio público radicado en las entidades territoriales, previa autorización de los comités de conciliación de las entidades correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 115, 116 y 117 de la Ley 2220 de 2022, en los términos explicados en el presente concepto.

1. A las preguntas 2 y 4: Por unidad temática se responde:

Sí. El alcance de la noción “interés litigioso de la Nación” habilita a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para intervenir en procesos administrativos y judiciales en defensa de estos, e incluye a entidades territoriales cuando el consejo directivo de la Agencia lo determine.

Tales intereses litigiosos no se limitan a los indicados en el párrafo del artículo 2 del Decreto Ley 4085 de 2011, por lo que esta norma no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo. En efecto, en el literal e del párrafo citado se faculta al consejo directivo de la Agencia para determinar otros “intereses litigiosos de la Nación dentro de los lineamientos y prioridades señalados por el Gobierno Nacional”, para efectos de su defensa a cargo de esa entidad.

Significa entonces que el consejo directivo de la Agencia está facultado para extender la función de defensa de la Agencia para los intereses litigiosos de una entidad territorial, o de organismos del sector central o entidades del sector descentralizado pertenecientes al orden territorial, en la medida en que el Gobierno Nacional lo considere prioritario y ese consejo así lo disponga en armonía con las entidades territoriales, en aplicación de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (artículos 209 y 288 CP).

Lo anterior porque el concepto “interés litigioso de la Nación” no tiene un alcance restrictivo, ni alude en rigor a su condición de persona jurídica, sino que en determinados procesos la defensa del interés litigioso, a cargo de la Agencia, está radicado en el Estado, otras veces el acto que debe defender ha sido expedido por alguna de las ramas del poder público o de órganos autónomos e independientes en cumplimiento de su función estatal, o incluso dicho interés litigioso puede corresponder a las entidades territoriales o a su órganos pertenecientes al sector central o a las entidades descentralizadas de ese nivel, cuando así lo disponga el consejo directivo de la Agencia.

A la pregunta 3: sí. La noción de “patrimonio público” es más amplia y general que la de “patrimonio del Estado”, de allí que la defensa de aquel sea una de las funciones a cargo de la ANDJE, según lo dispuesto en el artículo 3 de del D.L. 4085 de 2011 y se reitera en artículo 610 del CGP.

El deber constitucional de defensa del patrimonio público, que propugna por la protección del patrimonio estatal, concede a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la facultad de intervención prevista en el artículo 610 del CGP para defender los intereses patrimoniales de las entidades territoriales, pues estos por definición están incluidos dentro de la noción de patrimonio público.

2. A la pregunta 5 y 6: sí. La finalidad de la mediación adelantada por la ANDJE es la garantía de los derechos de la “Nación y del Estado” y la protección efectiva del patrimonio público, en los términos de los artículos 3 y 6 del D.L. 4085 de 2011.

En la noción de patrimonio público expuesta en este concepto, se incluye el de las entidades territoriales, por lo que una de las maneras de velar por su protección es facilitar la mediación entre estas para solucionar sus conflictos, así como la mediación entre los órganos y entidades del Estado y las entidades territoriales para los mismos efectos.

En vigencia de la Ley 2220 de 2022, se reitera para la Agencia la facultad de mediación entre entidades del orden territorial, la cual también se autoriza para la Procuraduría General de la Nación, si el comité de conciliación de la respectiva entidad así lo decide.

## CONSIDERACIONES DE LA DECISION

1. Luego de una clarificación sobre las nociones esenciales de Estado<sup>348</sup>, Estado Unitario<sup>349</sup>, Descentralización<sup>350</sup>, entidades territoriales y su autonomía, Nación<sup>351</sup>, Administración pública<sup>352</sup>, entidades públicas del orden nacional y entidades del orden territorial<sup>353</sup>, entró la Sala a revisar los antecedentes de creación de la ANDJE.

**348.**

Lo dispuesto en el artículo 1 CP reúne los elementos esenciales de la noción Estado como organización política y jurídica, que tiene a su cargo unas funciones, que materialmente se reflejan en una estructura. (i) La palabra Estado representa el conjunto de órganos que desempeñan, por mandato constitucional, las distintas funciones, actividades o servicios de carácter estatal, sean estos del orden nacional o territorial; (ii) El Estado, según el contexto de que se trate, puede verse representado en funciones o actividades a cargo de autoridades de distintos niveles territoriales, de allí que se acuda a las locuciones "orden nacional" (autoridades nacionales) u "orden territorial" (autoridades de las entidades territoriales), o como titular de derechos como ocurre con los artículos 332 y 360 CP. La noción de Estado incluye a la Nación y a las autoridades de los distintos niveles territoriales, así como a las entidades descentralizadas.

**351.**

La palabra Nación es usualmente utilizada en el contexto de la distribución de competencias, para hacer referencia a las autoridades centrales y distinguirlas de las autoridades descentralizadas, o para signar servicios a "cargo" de la Nación, o a "cargo" de las entidades territoriales La

**349.**

La forma unitaria del Estado significa que existe un centro del poder, que se ejerce en todo el territorio y unidad del orden jurídico aplicable

**350.**

La descentralización es una modalidad administrativa de distribución de competencias, que genera ciertos grados de autonomía para la entidad descentralizada, que en todo caso está sometida a controles por parte de las autoridades centrales.

**352.**

administración pública es un concepto que debe tener en cuenta tanto el criterio orgánico como el criterio funcional. Además de la rama ejecutiva del Poder Público, la administración pública incluye a las ramas legislativa y judicial y los diferentes órganos del Estado, cuando éstos ejercen las funciones administrativas

**353.**

Las entidades territoriales cumplen las funciones y servicios del Estado, pues forman parte de él, sin perjuicio de la autonomía de aquellas, en el contexto de la forma de Estado unitario. En cuanto a las "entidades del orden territorial", en la acepción que prohija la Sala correspondería a las personas jurídicas de derecho público del orden o nivel territorial. En todo caso, no descarta la Sala que en algunas normas se utilice la expresión "entidades del orden territorial" como estructura administrativa, con o sin personalidad jurídica, por lo que al no existir de manera general una definición legal propiamente dicha, deba buscarse por el intérprete su significado.

Luego de revisar las normas jurídicas involucradas y los antecedentes legislativos sobre la creación de la ANDJE, la Sala señala que “la Ley 1444 de 2011 creó una entidad descentralizada del orden nacional que denominó “Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación”, según el recuento detallado que se realizó en el numeral anterior. Por tanto, en los considerandos se incurre en una imprecisión al indicar que esa ley creó la “Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”. Ahora, como la Sala lo ha explicado en este concepto, las locuciones “Nación” y “Estado”, según el ámbito en que se utilicen pueden tener un alcance diferente, pero en el considerando transcrito lo que puede apreciarse es que la intención de crear la ANDJE se enmarca en una visión transversal como es la defensa jurídica del Estado en su conjunto, “de sus organismos y dependencias”, tal como se había propuesto desde el año 2003”.

Frente a la noción de lo que debe entenderse como *defensa jurídica del Estado*, se señala que del artículo 3 del D.L. 4085 de 2011 se deduce, en primer término, que las “actividades” descritas en relación con la defensa jurídica del Estado no son taxativas, sino que tienen por su contexto y redacción un carácter meramente enunciativo. De esta manera es claro que la defensa jurídica del Estado -bajo la noción explicada en este concepto- a cargo de la ANDJE puede darse en toda clase de procesos judiciales o administrativos, para representar sus intereses o intervenir en la defensa de estos.

2. En cuanto a la noción de “interés litigioso de la Nación”, recuerda la Sala que los literales *a, b y c* del párrafo del artículo 2 del D.L. 4085 de 2011 la actuación de la ANDJE para la defensa jurídica de tales “intereses litigiosos” excluye, en principio, a las entidades territoriales. En cuanto al literal *d* del citado párrafo, se alude a procesos en el “orden regional o internacional” en los que haya sido “demandada la Nación”.

Ahora, en principio, la utilización de la palabra “Nación” podría considerarse una impropiedad puesto que en el ámbito internacional el sujeto de derecho es el Estado colombiano. La defensa del interés litigioso del Estado colombiano a cargo de la ANDJE se da en procesos en los que este haya sido demandado en el “orden regional o internacional”. En el contexto espacial de la norma, la conjunción “o” se utiliza como equivalencia, es decir, referida a procesos en el ámbito internacional ante una instancia regional como podría ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos (espacio continental), o en el ámbito de las competencias del Tribunal Andino de Justicia (espacio subcontinental). Frente al literal *e* del párrafo del artículo 2 del D.L. 4085, se faculta al consejo directivo de la ANDJE para determinar otros “intereses litigiosos de la nación dentro de los lineamientos y prioridades señalados por el Gobierno Nacional”, para efectos de su defensa a cargo de la ANDJE.

3. De esta manera, tales intereses litigiosos no se limitan a los indicados en el párrafo del artículo 2, por lo que esta norma no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo. Significa entonces que bajo criterios de priorización señalados por el Gobierno Nacional el consejo directivo de la ANDJE está facultado para extender la función de defensa de la Agencia. Tales intereses litigiosos podrían ser los de una entidad territorial, o de organismos del sector central o entidades del sector descentralizado pertenecientes al orden territorial, en la medida en que el Gobierno Nacional lo considere prioritario y el Consejo Directivo de la ANDJE así lo disponga, pues en este caso no solo se estaría desarrollando la facultad expresa otorgada por la norma bajo estudio, sino que sería la aplicación de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (artículos 209 y 288 CP), en armonía con los intereses de tales entidades.

En consecuencia, la interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 del D.L. 4085 de 2011, permite sostener que la noción de defensa del “interés litigioso de la Nación”, no es un concepto estático sino dinámico cuyo efecto útil es identificar los procesos en que puede intervenir la ANDJE para su defensa jurídica de acuerdo con la relevancia de estos para el Estado colombiano. Asimismo es preciso indicar que la exclusión que se hace en los literales a, b y c, del párrafo del artículo 2 *ibidem* respecto de las entidades territoriales y servidores públicos de ese nivel no es general, taxativa y definitiva, pues se insiste, el consejo directivo de la ANDJE está facultado para extender la función de defensa de la Agencia a asuntos que involucren a las entidades territoriales, siempre y cuando se encuentren cobijados por los criterios de priorización señalados por el Gobierno Nacional.

La interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 del D.L. 4085 de 2011, permite sostener que la noción de defensa del “interés litigioso de la Nación”, no es un concepto estático sino dinámico cuyo efecto útil es identificar los procesos en que puede intervenir la ANDJE para su defensa jurídica de acuerdo con la relevancia de estos para el Estado colombiano. En consecuencia, el “interés litigioso de la Nación” no tiene un alcance restrictivo, ni alude en rigor a su condición de persona jurídica, sino que en determinados procesos la defensa del interés litigioso a cargo de la ANDJE está radicado en el Estado, otras veces el acto que debe defender ha sido expedido por alguna de las ramas del poder público o de órganos autónomos e independientes en cumplimiento de su función estatal, o incluso dicho interés litigioso puede corresponder a las entidades territoriales o a sus órganos pertenecientes al sector central o a entidades descentralizadas de ese nivel en los términos que han sido expuestos.

4. En atención a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, que han sido desarrollados de manera especial respecto del régimen jurídico aplicable a municipios y departamentos en las Leyes 1551 de 2012 y 2200 de 2022, el consejo directivo de la ANDJE puede disponer, en ejercicio de las competencias previstas en el literal e del párrafo del artículo 2 del D.L. 4085 de 2011, que esa Agencia atienda la defensa de los intereses litigiosos de un municipio y de sus organismos del sector central o entidades del sector descentralizado del orden municipal, en armonía con las autoridades que representen tales entidades. Como lo ha dicho la Sala en este concepto, y se reiterará más adelante, la interpretación conforme a la constitución de los principios de colaboración armónica, los de la función administrativa, el de buena administración, así como los de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, deben disuadir a los órganos, organismos y entidades del Estado para acudir a litigios judiciales y, más bien lograr una solución amistosa y extrajudicial de sus controversias, por lo que tales procesos, por regla general, no deberían existir.
5. Por otra parte a pesar de que es función del consejo directivo de la ANDJE “precisar los criterios para determinar los casos en los cuales la Agencia debe intervenir de manera **obligatoria** en los procesos judiciales” (párrafo 2, numeral 3, artículo 6, D.L. 4085 de 2011), ello no ocurrió, sino que se defirió a una instancia interna de la ANDJE tal definición, lo que genera una inconsistencia entre el acto administrativo y las normas legales en las que debe fundarse. Por lo anterior, la Sala recomendará a la ANDJE en el acápite correspondiente conciliar sus disposiciones internas con las normas legales en las que debe fundar su actuación. Para culminar este punto, recuerda la Sala

que en virtud del párrafo 1 del numeral 3 del artículo 6 del D.L. 4085, la ANDJE puede cumplir la función de representación judicial de la ANDJE en favor de entidades territoriales, previa “suscripción de convenios interadministrativos y el correspondiente otorgamiento de poder”.

Se concluye por lo tanto: que (a) La interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 del D.L. 4085 de 2011, permite sostener que la noción de defensa del “interés litigioso de la Nación”, no es un concepto estático sino dinámico cuyo efecto útil es identificar los procesos en que puede intervenir la ANDJE para su defensa jurídica de acuerdo con la relevancia de estos para el Estado colombiano. (b) La interpretación armónica de la noción “interés litigioso de la Nación” permite comprender que no se alude en rigor a su condición de persona jurídica, sino que en determinados procesos la defensa jurídica del interés litigioso a cargo de la ANDJE está radicado en el Estado, otras veces el acto que debe defender ha sido expedido por alguna de las ramas del poder público o de órganos autónomos e independientes en cumplimiento de su función estatal, o incluso dicho interés litigioso puede corresponder a las entidades territoriales o a su órganos pertenecientes al sector central o a entidades descentralizadas de ese nivel en los términos que han sido expuestos. (c) Las funciones de la ANDJE, para la defensa jurídica del Estado en procesos judiciales o administrativos están sometidas a criterios de priorización, así como al señalamiento de criterios que pueden dar lugar a su intervención obligatoria. En cuanto a los primeros, es competencia del Gobierno Nacional; respecto de los segundos, corresponde al consejo directivo de la ANDJE. Así las cosas, es claro que por regla general la intervención de la Agencia es facultativa, salvo que en aplicación de los criterios fijados por la ley se precise su intervención obligatoria. (d) El Gobierno Nacional no ha ejercido la facultad prevista en el literal e del párrafo del artículo 2 del D.L. 4085 de 2011, consistente en “señalar los lineamientos y prioridades” que le permitan al consejo directivo de la ANDJE determinar otros “intereses litigiosos de la Nación” cuya defensa jurídica pueda estar a cargo de la ANDJE. (e) El consejo directivo de la ANDJE no ha precisado los criterios para determinar los casos en los cuales la Agencia debe intervenir de manera obligatoria en los procesos judiciales, tal como lo disponen el párrafo 2, del numeral 3 del artículo 6 y el numeral 13 del artículo 10 del D.L. 4085 de 2011. (f) Bajo el principio de jerarquía normativa, que impone aplicar de preferencia lo previsto en el D.L. 4085, las disposiciones del “Acuerdo 01” del 2019 expedido por el consejo directivo de la ANDJE deben armonizarse con las precitadas disposiciones legales.

6. En cuanto a la noción de intereses *patrimoniales del Estado*, el vocablo “patrimonio del Estado”, como noción de derecho público se asimila, en la práctica, al concepto de “patrimonio público”, cuya defensa es una de las funciones a cargo de la ANDJE, según lo dispuesto en el artículo 3 de del D.L. 4085 de 2011, en concordancia con el 6, numeral 3, *ibidem*. Considera la Sala que la noción de “patrimonio público” es más amplia y general que la de “patrimonio del Estado”, en la medida en que la primera puede comprender, también, bienes de propiedad privada, individual o colectiva, en los que exista un determinado interés público o común, como aquellos que formen parte del patrimonio cultural de la Nación (artículo 72 de la Constitución Política), las tierras de resguardo y las tierras comunales de grupos étnicos (artículo 63 *ibidem*), los que integran el “espacio público” (artículo 5 de la Ley 9 de 1989, adicionado por el artículo 138 de la Ley 388 de 1997),

o los recursos de la seguridad social. En consecuencia, los fundamentos constitucionales y precedentes jurisprudenciales expuestos son los que deben guiar la adecuada intervención de la ANDJE con el propósito de defender los “intereses patrimoniales del Estado”, prevista en el artículo 610 del CGP, intervención que también puede darse para defender los intereses patrimoniales de las entidades territoriales, pues estos por definición están incluidos dentro de la noción de patrimonio público

De lo anterior se concluye que: (a) La intervención de la ANDJE prevista en el artículo 610, en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado es facultativa, sujeta a los criterios de priorización previstos en el numeral 3 del artículo 6 del D.L. 4085 de 2011. (b) Por ser facultativa, más no discrecional, la ANDJE no está obligada a participar en todos los procesos en que una entidad pública sea parte. (c) La ANDJE no tiene la función de reemplazar a las “entidades públicas” en sus deberes responsabilidades o cargas procesales como parte demandada o demandante, pues estas son las llamadas a comparecer a los procesos que se adelanten ante cualquier jurisdicción. (d) La intención del Legislador con el artículo 610 del CGP no fue derogar o modificar las disposiciones del D.L. 4085. Puede sostenerse que las 2 disposiciones no son incompatibles, sino que más bien se trata de normas complementarias. (e) En los términos del artículo 610 del CGP la función de intervención de la ANDJE en los procesos judiciales que se adelantan en Colombia ante cualquier jurisdicción en los que una entidad pública sea parte, es más amplia que las competencias de intervención que al respecto le otorgó el D.L. 4085 de 2011, pues no estaría delimitada a la defensa de los “intereses litigiosos de la Nación”. Bajo este criterio, podría intervenir en los procesos en los que sea parte una entidad territorial. (f) Considera la Sala que la noción de “patrimonio público” es más amplia y general que la de “patrimonio del Estado”, y que la defensa de aquel es una de las funciones a cargo de la ANDJE, según lo dispuesto en el artículo 3 de del D.L. 4085 de 2011 y se reitera en artículo 610 del CGP. En consecuencia, la mencionada facultad de intervención de la ANDJE también puede darse para defender los intereses patrimoniales de las entidades territoriales, pues estos por definición están incluidos dentro de la noción de patrimonio público. (g) Las facultades de intervención de la ANDJE previstas en el artículo 610 del CGP no pueden ser limitadas por un decreto reglamentario. (h) El cumplimiento de estas funciones supone la observancia de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, así como el de colaboración armónica.

7. En cuanto al tema de la mediación, el concepto llega a las siguientes conclusiones: (a) En materia de mediación la Ley 2220 no establece disposiciones contrarias a las normas anteriores que habilitaban ese mecanismo, incluso el de carácter institucional autorizado para la ANDJE. (b) El alcance de esa ley es regular las funciones de los comités de conciliación, y una de tales funciones es autorizar la mediación cuando les sea solicitada bajo criterios de eficacia, economía, celeridad, moralidad, imparcialidad y publicidad. (c) No se evidencia una intención prohibitiva para las entidades territoriales de acudir a la ANDJE para la mediación de esta, cuando en aplicación de tales criterios el comité de conciliación así lo decida. (d) En consecuencia, las normas vigentes habilitan a los órganos, entidades y organismos del Estado en todos los órdenes y niveles para acudir a la mediación como mecanismo de solución de conflictos. En vigencia de la Ley 2220, los comités de conciliación de las entidades territoriales -o el representante legal cuando estos no existan-, podrán autorizar la mediación, bien sea ante la ANDJE o ante la Procuraduría General de la Nación.

8. Finalmente, en cuanto a la función de la Sala de Consulta y Servicio Civil prevista en el numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, reformado por la Ley 2080 de 2021, y las atribuciones de la ANDJE frente a esta, el concepto concluyó que, la función de la Sala se presenta como un mecanismo alternativo de solución de controversias, que resulta plenamente concordante con las nuevas disposiciones de la Ley 2220 de 2022, norma que, como se explicó, concede a los comités de conciliación de los órganos, organismos y entidades del Estado en los que estos existen, funciones más amplias para autorizar la solución de los conflictos por vías diferentes a la judicial. En efecto, las disposiciones especiales de la Ley 2220 de 2022, son posteriores a la reforma que introdujo la Ley 2080 de 2021 al numeral 7 del artículo 112 del CPACA, sobre la función de la Sala de precaver un litigio o poner fin a uno existente, por lo que esta debe complementarse con las disposiciones de la nueva Ley 2220. Si se considera que la nueva ley habilita de manera general a las entidades territoriales para acudir a otros medios alternativos de solución de conflictos -facultad que tiene pleno fundamento y finalidad constitucional, según se ha explicado-, es claro que pueden activar, por intermedio de la ANDJE y previa autorización de los comités de conciliación de tales entidades, la función de la Sala de emitir concepto, en los términos del mencionado numeral 7 del artículo 112 del CPACA.

No existe incompatibilidad alguna entre dicho numeral y una norma especial y posterior como es la Ley 2220 de 2022, pues es claro que tratándose de mecanismos alternos de solución de controversias que operan de manera voluntaria y autocompositiva, la habilitación legal a las entidades territoriales de acudir a estos complementa lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA, y fortalece el fin constitucionalmente valioso del arreglo amistoso de las controversias que surjan entre tales entidades, en defensa del patrimonio público.

A este respecto no sobra mencionar que en la información presentada por la ANDJE en la audiencia celebrada el 16 de febrero de 2023, se dio cuenta de 5.456 procesos interadministrativos activos entre entidades del orden nacional y territorial (en las que actúan como demandantes o demandadas), cuyas pretensiones indexadas ascienden a \$12.645.102.306.994. Asimismo, se indicó la existencia de 14 procesos entre entidades territoriales con pretensiones indexadas por la suma de \$19.199.419.819, lo que, en términos de los principios de economía y eficacia, en una relación costo-beneficio, sustenta sin lugar a duda acudir a la función de la Sala mencionada.

En conclusión, la ANDJE puede solicitar concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil, con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente, cuando se trate de controversias jurídicas entre entidades del orden territorial para la defensa del patrimonio público, previa autorización de los comités de conciliación de las entidades correspondientes.

9. Finalmente, la Sala sugiere lo siguiente: (a). Se sugiere al Gobierno Nacional señalar los lineamientos y prioridades que le permitan al consejo directivo de la ANDJE determinar los intereses litigiosos cuya defensa jurídica le corresponda, tal como lo dispone el literal e del parágrafo del artículo 2 del D.L. 4085 de 2011. Ese señalamiento puede involucrar intereses litigiosos de las entidades territoriales como expresión de los principios de colaboración armónica, coordinación, concurrencia y subsidiaridad, así como la defensa del patrimonio público. (b). Se sugiere al consejo directivo de la ANDJE, en observancia de las disposiciones del D.L. 4085 de 2011, precisar los criterios para determinar

los casos en los cuales la Agencia debe intervenir de manera obligatoria en los procesos judiciales, teniendo en cuenta la cuantía de las pretensiones, el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda; el número de procesos similares; la reiteración de los fundamentos fácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; la materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación de un precedente jurisprudencial. (c). En atención al principio de buena administración, así como a las amplias funciones que la Ley 2220 de 2022 confiere a los comités de conciliación, se sugiere que antes de que sea solicitada a la Sala la emisión del concepto de que trata el numeral 7 del artículo 112 del CPACA, los comités de conciliación de las entidades involucradas en la controversia autoricen este medio alternativo de solución de conflictos. (d). Se sugiere ajustar el Decreto Reglamentario 1069 de 2015 a las disposiciones de la Ley 2220 de 2022, en los términos expuestos por la Sala en este concepto, particularmente respecto de la habilitación otorgada a las entidades territoriales para acudir a la medición de la ANDJE.

## COMENTARIOS

Se destaca que este concepto la interpretación sistemática que se hace de los artículos constitucionales involucrados en la definición de las nociones de Estado, Nación, entidades territoriales, etc., relevantes, para determinar las competencias de la ANDJE; el uso de principios constitucionales para darle sentido ampliado a varias competencias de ese organismo y la visión finalista de sus atribuciones, para lograr una defensa integral del Estado.

## 9.

# Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

|  |  |   |  |
|--|--|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>         rocedimiento legislativo especial para la paz (<i>fast track</i>). Vencimiento de la prórroga. Trámite de proyectos de acto legislativo y de ley con posterioridad al vencimiento del plazo</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>         Director Departamento Administrativo de la presidencia de la República</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>         Óscar Darío Amaya Navas</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>         2360</p> <p><b>Decisión:</b><br/>         23-11-2017</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>         Lucía García</p> |
|--|--|---|--|

## CONSULTA

1. “¿Cuándo vence la prórroga del procedimiento especial para la paz establecido en el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2016, también conocido como ‘Fast Track’?”
2. “¿Qué ocurre con los proyectos de ley o de acto legislativo que al vencimiento de la prórroga del ‘Fast Track’ hayan iniciado su trámite en el Congreso de la República pero no se hayan alcanzado a expedir? ¿Deben archiversse o por el contrario es posible continuar con su proceso legislativo, y en este último caso, se pueden seguir tramitando bajo las normas procedimentales del ‘Fast Track’, o deben remitirse a partir de ese momento al procedimiento legislativo ordinario?”

## RESPUESTAS

1. El “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” concluye el día viernes 1 de diciembre de 2017, a la medianoche, de conformidad con lo expuesto en este concepto.
2. Al culminar el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz previsto en el artículo 1 del A.L. 1 de 2016, el próximo 1 de diciembre de 2017, desaparece el mecanismo especial de trámite legislativo al cesar su vigencia transitoria definida ex ante, por lo que constitucionalmente no resulta posible que los proyectos pendientes de aprobación para esa fecha sigan su curso bajo dichas reglas especiales.
3. Según lo explicado en este concepto, los proyectos en trámite podrán seguir su curso bajo las reglas del procedimiento legislativo ordinario. Para tal efecto deberá velarse porque en la armonización de los procedimientos se respeten las normas Constitucionales permanentes y el Reglamento del Congreso.

## CONSIDERACIONES

El “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” concluía el viernes 1 de diciembre de 2017, a la media noche, y al culminar dicho procedimiento desaparecía el mecanismo especial de trámite legislativo, pues cesaba su vigencia transitoria definida ex ante. Por lo cual, constitucionalmente, no resultaba posible que los proyectos pendientes de aprobación para esa fecha siguieran su curso bajo dichas reglas especiales, sino con observancia de aquellas del procedimiento legislativo ordinario, con total respeto por las normas constitucionales permanentes y el reglamento del Congreso.

En su estudio la Sala hizo referencia al procedimiento legislativo como concreción del principio democrático en la actividad legislativa y constituyente del Congreso, reglas que se orientan a asegurar la existencia de un debate legislativo y la realización de principios sustantivos, como la adecuada formación de la voluntad legislativa, de manera libre e ilustrada, el respeto por la regla de la mayoría, los derechos de las minorías, la existencia de oportunidades suficientes de deliberación y la publicidad de los asuntos debatidos. Igualmente, puntualizó que el procedimiento especial constituye un instrumento constitucional que pretende solucionar la tensión entre el “principio democrático” en la función de producción normativa del Congreso y la consecución de la paz, en el marco de la transición desde una situación de conflicto armado hacia un estado de normalidad.

La Sala también explicó que el procedimiento referido es excepcional, transitorio y parcial, por lo cual sus disposiciones deben interpretarse y aplicarse necesariamente de forma estricta, rigurosa, sin que tengan cabida, por lo tanto, interpretaciones analógicas o aplicaciones extensivas. Lo cual es especialmente cierto en relación con los límites materiales y temporales a los que debe sujetarse el Congreso para utilizar el procedimiento legislativo especial. Además, mencionó que el Acto Legislativo 01 de 2016 contiene el artículo transitorio que expresamente consagra la prórroga del plazo inicial para la aplicación del procedimiento legislativo especial y la Corte Constitucional, como guardiana de la Carta, es la llamada a interpretarlo.

|   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Refrendación de acuerdos de paz por el Congreso de la República</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Germán Alberto Bula Escobar</p> | <p><b>Radicación interna:</b><br/>2323</p> <p><b>Decisión:</b><br/>28-11-2016</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Lucía García</p> |
|---|---|---|---|

## CONSULTA

¿Podría el Congreso de la República efectuar la refrendación sobre el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo?

## RESPUESTA

Sí. El Congreso de la República puede efectuar la refrendación del nuevo “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo” del 24 de noviembre de 2016, en virtud del mandato representativo y las amplias funciones de control político que le reconoce la Constitución Política.

En todo caso, esta refrendación no produce la incorporación del acuerdo a la Constitución ni lo dota de efectos de producción de normas en el ordenamiento positivo; estas tendrían que ser producto específico de la fase de implementación del Acuerdo Final.

La decisión que adopte el Congreso de la República, con independencia de su sentido, en ningún caso comprometerá su libertad de configuración normativa en el ejercicio de las competencias constituyentes y legislativas que le son propias.

## CONSIDERACIONES

Desde el punto de vista de la naturaleza, fines y alcance del control político que el Congreso de la República ejerce sobre el Gobierno Nacional (artículo 114 C.P.), resulta conforme a la Constitución que ese cuerpo legislativo, sin perjuicio de sus competencias de producción normativa, pueda hacer, en el contexto de una “Citación para discusión de políticas y/o temas generales” de la Ley 5 de 1992 y de la función de seguimiento de la política de paz del artículo 7 de la Ley 418 de 1997, una manifestación política, a título de refrendación, de los acuerdos de paz suscritos por el Presidente de la República. Como señaló la Corte Constitucional en relación con el plebiscito, la Constitución Política no impide acudir a mecanismos de participación democrática que permitan dotar de estabilidad y legitimidad política a los acuerdos de paz suscritos por el Gobierno Nacional.

De acuerdo con el transcrito artículo 133 C.P. —que consagra la representación popular en cabeza de los miembros de cuerpos colegiados de elección directa— y en ejercicio de la función constitucional de control político, la refrendación por parte del Congreso debe entenderse como un voto de confianza respecto de la política al mando en el manejo de la paz, con el fin de que la acción pública y estatal en la materia tenga el mayor grado de legitimación democrática posible, producto de las serias discusión y deliberación acerca de los problemas cuya solución reclama con insistencia la sociedad, por manera que -en el caso que ocupa a la Sala en este concepto, las iniciativas, planes y compromisos asumidos por el Estado en el acuerdo suscrito con las Farc cuenten con una base sólida de estabilidad política.

Debe además recordarse que uno de los principios de la arquitectura constitucional colombiana es la separación funcional de sus órganos pero con colaboración mutua para el logro de sus fines” y “articulación a través de la integración de varias fuerzas” (artículo 113 C.P.), de modo que “la visión de una rígida separación de los poderes debe ser superada en la concepción que concilia el ejercicio de funciones separadas -que no pertenecen a un órgano sino al Estado- con la colaboración armónica para la realización de sus fines, que no son otros que los del servicio a la comunidad”.

También debe tenerse en cuenta que la paz es un derecho, un deber y un fin constitucional de carácter esencial (Artículos 2, 22 y 95-6 C.P.), de modo que “las medidas dirigidas a la búsqueda de la paz y la superación del conflicto armado, tienen un innegable soporte constitucional, que a su vez es respaldado por el andamiaje jurídico que ofrecen diversas normas de derecho internacional”. Y debe recordarse que la consecución de la paz es un objetivo constitucional que vincula a todos los órganos del Estado y que exige una actuación concurrente de los mismos en el marco de sus respectivas competencias.

En consecuencia, si el Presidente de la República toma la decisión política de llegar a un acuerdo de paz, dentro del cual se prevé, como expresión de seguridad y confianza mutua entre las partes y condición de eficacia el acuerdo, que esa decisión será sometida a un mecanismo de legitimación democrática, no cabe una visión reduccionista de la legitimidad democrática del Congreso de la República y de los mecanismos de control político previstos en la Constitución y la ley que lleve a negar esa posibilidad.

Finalmente, la Sala reitera que en cualquier caso una refrendación como la analizada es diferente a la implementación del Acuerdo Final, la cual, en cuanto comporta reformas constitucionales y legales, deberá agotar los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para ese efecto. Por tanto, debe tenerse en cuenta que los efectos de producción de normas en el ordenamiento positivo, como implementación del acuerdo de paz, no se producen automáticamente por la firma del acuerdo ni por su refrendación. Además, en ningún caso, la decisión que adopte el Congreso de la República, con independencia de su sentido, comprometerá a futuro la libertad de configuración normativa que le reconocen la Constitución Política y la Ley 5 de 1992 para el ejercicio de sus funciones normativas.

## 10.

# Niños, niñas y adolescentes

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>nacionalidad. Domicilio. Extranjeros con visa temporal o en situación irregular. Hijos nacidos en territorio colombiano.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministro de Relaciones Exteriores</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Enrique José Arboleda Perdomo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>1653</p> <p><b>Decisión:</b><br/>30-06-2005</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Lucía García</p> |
|--|---|---|---|

## CONSULTA

1. ¿Los extranjeros que se encuentran en territorio nacional violando el régimen migratorio, se deben considerar domiciliados en Colombia?
2. ¿Pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento, los hijos de parejas extranjeras nacidos en Colombia que violan el régimen migratorio, esto es, sin haber obtenido ningún tipo de visa y al que otro Estado les reconoce la nacionalidad?
3. ¿Los extranjeros que se encuentran en territorio colombiano con visa temporal, se encuentran domiciliados en Colombia a pesar de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 4000 del 2004?
4. ¿Pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento los hijos de una pareja extranjera nacidos en Colombia al que el Estado de origen de los padres les reconoce la nacionalidad por sangre y cuyos padres se encuentran en territorio nacional con una visa temporal?
5. ¿La presentación de una declaración extrajuicio ante un notario público o ante el alcalde de la municipalidad donde reside un extranjero con permanencia irregular en Colombia, puede considerarse como prueba de su domicilio?

## RESPUESTAS

1. No. Según se expuso, los extranjeros tienen el deber de someterse al derecho interno para ingresar y permanecer en el territorio colombiano, de manera que a pesar de habitar en Colombia de manera estable, pero sin visa de residente, no pueden considerarse domiciliados, pues el domicilio como concepto jurídico supone el ingreso legal al país.
2. En el entendido de que con la expresión “parejas extranjeras”, el Ministerio de Relaciones Exteriores está refiriéndose al padre y a la madre del niño nacido en Colombia, y a que ambos son extranjeros y están en situación irregular, la Sala responde que el niño no puede considerarse colombiano por nacimiento, pues de ninguno de sus padres puede predicarse la condición constitucional de estar domiciliado en el país.

La pregunta contiene además el supuesto de que otro Estado le reconozca al niño la nacionalidad. Supuesto en el cual, es claro que la situación irregular de sus padres en Colombia no afecta el derecho del niño a tener esa otra nacionalidad.

3. No. De acuerdo con la definición de domicilio del Código Civil, que el mismo Decreto 4000 de 2004 recoge y adopta para el régimen migratorio, son titulares de visa temporal los extranjeros que entran al país por diversas razones, todas las cuales coinciden en la ausencia del ánimo de permanecer en el país.
4. No. Porque la solicitud y consecuente expedición de visa temporal excluye el ánimo de permanecer en el país y por tanto, no es configurativa del domicilio exigido constitucionalmente como condición para que el hijo sea reconocido como nacional colombiano por nacimiento.
5. En ningún caso. La manifestación de la voluntad del extranjero de querer permanecer en Colombia, debe hacerla ante las autoridades migratorias a efecto de que le concedan la visa de residente, por lo que esta se constituye en la única prueba del domicilio para los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional.
6. No, por cuanto el pasaporte es documento de identidad de los colombianos en el exterior, y el niño nacido de padres extranjeros en situación irregular no es nacional colombiano, con la salvedad anotada en la respuesta a la segunda pregunta.
7. No. El nacimiento de un hijo no transforma per se la situación irregular de los extranjeros.

## CONSIDERACIONES

1. Los extranjeros tienen el deber de someterse al derecho interno para ingresar y permanecer en el territorio colombiano, de manera que a pesar de habitar en Colombia de forma estable, pero sin visa de residente, no pueden considerarse domiciliados, pues el domicilio como concepto jurídico supone el ingreso legal al país. En el entendido de que con la expresión “parejas extranjeras”, el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba refiriéndose al padre y a la madre del niño nacido en

Colombia, y a que ambos son extranjeros y están en situación irregular, la Sala precisó que el niño no puede considerarse colombiano por nacimiento, pues de ninguno de sus padres puede predicarse la condición constitucional de estar domiciliado en el país. Además, en el supuesto de que otro Estado le reconozca al niño la nacionalidad, es claro que la situación irregular de sus padres en Colombia no afecta su derecho a tener esa otra nacionalidad.

De acuerdo con la definición de domicilio del Código Civil, que el mismo Decreto 4000 de 2004 recoge y adopta para el régimen migratorio, son titulares de visa temporal los extranjeros que entran al país por diversas razones, todas las cuales coinciden en la ausencia del ánimo de permanecer en el país. La solicitud y consecuente expedición de visa temporal excluye el ánimo de permanecer en el país y, por tanto, no es configurativa del domicilio exigido constitucionalmente como condición para que el hijo sea reconocido como nacional colombiano por nacimiento. Así mismo, la manifestación de la voluntad del extranjero de querer permanecer en Colombia, debe hacerla ante las autoridades migratorias a efecto de que le concedan la visa de residente, por lo que esta se constituye en la única prueba del domicilio para los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional.

El pasaporte es un documento de identidad de los colombianos en el exterior y el niño nacido de padres extranjeros en situación irregular no es nacional colombiano, con la salvedad anotada en la respuesta a la segunda pregunta. Y el nacimiento de un hijo no transforma per se la situación irregular de los extranjeros.

## 11.

# Asuntos electorales

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>nacionalidad. Domicilio. Extranjeros con visa temporal o en situación irregular. Hijos nacidos en territorio colombiano.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior y de Justicia</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Enrique José Arboleda Perdomo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>2064</p> <p><b>Decisión:</b><br/>30-06-2005</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Lucía García</p> |
|--|---|---|---|

**CONSULTA**

1. ¿Las listas de candidatos que a la fecha de entrada en vigencia de la ley por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones, se encuentran inscritas y que no cumplen la proporción de género prevista en el artículo 28 de dicha ley, deben ser reformadas o se rigen por la Ley 130 de 1994?
2. A partir de la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de Partidos Movimientos Políticos, ¿cuál es el periodo de inscripción de candidaturas para los grupos significativos de ciudadanos?
3. En el evento en que el candidato por firmas ya se hubiera inscrito al momento de entrar en vigencia la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos con fundamento en el artículo 9 de la Ley 130 de 1994, ¿los plazos y procedimientos previstos en el artículo 28 de la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos tendrían algún efecto?

4. ¿Los candidatos que se pretendan inscribir por firmas y hayan iniciado el proceso de recolección de firmas con anterioridad a la inscripción del grupo promotor, podrán acreditar estos apoyos para su inscripción, una vez que entre en vigencia la nueva ley de partidos y movimientos?
5. La ley Estatutaria creó una nueva calidad para los candidatos que hayan sido directivos de partidos y movimientos políticos y que aspiren a ser elegidos por otro partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse. Y sanciona el incumplimiento de esta condición con la revocatoria de la inscripción. ¿Cómo se contabilizan los 12 meses?
6. Teniendo en cuenta que la nueva Ley estatutaria variará las reglas en el desarrollo del calendario electoral en curso para las elecciones que se llevarán a cabo el próximo 30 de octubre de 2011 y que define como fecha límite de vencimiento de inscripción de candidaturas el 30 de julio, ¿en aras de preservar el derecho a elegir y ser elegido, podría el Gobierno Nacional abrir un nuevo periodo de inscripción de candidaturas?

## RESPUESTAS

1. Respuesta 1: Si, las listas que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 1475 de 2011, “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, se encuentran inscritas y no cumplen la proporción de género prevista en el artículo 28 de dicha ley, deben ser modificadas para cumplir con el principio de equidad de género vigente desde el Acto Legislativo 01 de 2009.
2. Respuesta 2, 3 y 4: La inscripción de candidaturas a las elecciones locales del 30 de octubre de 2011 por los grupos significativos de ciudadanos, continuará rigiéndose por la ley 130 de 1994, en virtud de su ultraactividad, conforme al artículo 40 de la ley 153 de 1887. En consecuencia:
  - La inscripción de candidaturas podrá hacerse hasta el 10 de Agosto de 2011.
  - No es necesario repetir o cambiar la inscripción de candidaturas realizadas antes de la vigencia de la ley 1475 de 2011.
  - Quienes se encuentran en proceso de recolección de firmas, continuarán el procedimiento de acuerdo con la ley 130 de 1994.
3. Respuesta 5: La prohibición de la doble militancia para los directivos de los partidos y movimientos políticos entró a regir el 14 de julio de 2011 y se aplica a quienes, ese día, y de allí en adelante, tuvieren la condición de directivos de dichas organizaciones políticas.
4. Respuesta 6: No, por cuanto en virtud del artículo 2 de la ley 163 de 1994 que se aplica ultraactivamente, la fecha límite para la inscripción de candidaturas para las elecciones locales del 30 de octubre de 2011 vence el 10 de agosto de ese mismo año.

## CONSIDERACIONES

Las listas que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 1475 de 2011, “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, se encontraran inscritas y no cumplieran la proporción de género prevista en el artículo 28 de dicha ley, debían ser modificadas para cumplir con el principio de equidad de género, vigente desde el Acto Legislativo 01 de 2009. Frente a la inscripción de candidaturas a las elecciones locales del 30 de octubre de 2011 por los grupos significativos de ciudadanos, precisó que continuaría rigiéndose por la Ley 130 de 1994, en virtud de su ultraactividad, conforme al artículo 40 de la ley 153 de 1887. En consecuencia, la inscripción de candidaturas podría hacerse hasta el 10 de Agosto de 2011. No consideró necesario repetir o cambiar la inscripción de candidaturas realizadas antes de la vigencia de la ley 1475 de 2011; e indicó que quienes se encontraban en proceso de recolección de firmas, continuarían el procedimiento de acuerdo con la Ley 130 de 1994.

Sobre la prohibición de la doble militancia para los directivos de los partidos y movimientos políticos, señaló que entró a regir el 14 de julio de 2011 y se aplica a quienes, ese día, y de allí en adelante, tuvieron la condición de directivos de dichas organizaciones políticas. Y, en virtud del artículo 2 de la Ley 163 de 1994, que se aplica ultraactivamente, la fecha límite para la inscripción de candidaturas para las elecciones locales del 30 de octubre de 2011 vencía el 10 de agosto de ese mismo año.

Para resolver las inquietudes elevadas por el Gobierno Nacional, la Sala tomó en cuenta las reglas generales sobre el tránsito de legislación y reiteró que las materias que constituyen regulación de los procesos electorales están sometidas a reserva de ley estatutaria, no solo en lo que tiene que ver con aspectos de contenido sustancial, sino también en lo relacionado con los parámetros y presupuestos permanentes para el ejercicio adecuado del derecho de participación de los ciudadanos.

En cuanto la aplicación del criterio de equidad e igualdad de género, sostuvo que se trata de un mandato constitucional, pues es una medida de acción afirmativa en procura de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en el ámbito específico de la participación política, cuyo marco también está dado por el principio democrático.

Al final se refirió a la doble militancia, para asegurar que se trata de una restricción que responde a preceptos constitucionales, cuya finalidad es fortalecer el papel democrático de las agrupaciones políticas y eliminar o minimizar las consecuencias perversas de aquellas malas prácticas que han incidido negativamente en la legitimidad de las instituciones y el ejercicio transparente y leal de los derechos políticos.

## 12.

# Asuntos disciplinarios

|   |  |   |   |
|---|--|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>sanciones administrativas.<br/>Principio de favorabilidad en el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones administrativas al sector transporte.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Transporte</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Susana Montes de Echeverri</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>1454</p> <p><b>Decisión:</b><br/>16-10-2002</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Lucía García</p> |
|---|--|---|---|

## CONSULTA

1. Se puede aplicar el principio de favorabilidad de que trata el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en sanciones de carácter administrativo? El principio de favorabilidad es aplicable de oficio o requiere de petición de parte?
- 2.Cuál sería el procedimiento a seguir para aplicar el principio de favorabilidad, en los procesos sancionatorios de carácter administrativo, adelantados por hechos sucedidos en vigencia de los decretos derogados (1554 y 1557 de 1998), cuyos actos de apertura de investigación y formulación de cargos se profirieron durante la vigencia de los mismos y que en la actualidad se encuentran pendientes de decidir o para resolver recursos de la vía gubernativa?
- 3.Cuál sería el procedimiento a seguir para aplicar el principio de favorabilidad en el caso en que los hechos hayan ocurrido durante la vigencia de las normas derogadas pero los actos de apertura de investigación y formulación de cargos se profirieron durante la vigencia del decreto 176 de 2001 y a pesar de ello las conductas se enmarcaron dentro de los esquemas típicos de alguna de las normas derogadas, procesos que en la actualidad se hallan pendientes de decisión o para resolver recursos de la vía gubernativa?

4. Se aplicará también el principio de favorabilidad en procesos con decisión sancionatoria ejecutoriada, cuya multa no ha sido pagada?
5. En el evento de haberse proferido resolución de apertura de investigación con fundamento en los Decretos 1554 y 1557 de 1998 en fecha posterior a su derogatoria, qué mecanismo jurídico puede utilizar la administración para enderezar la actuación que al parecer tiene un vicio que invalidaría la decisión y en caso que deba revocarse lo actuado, puede iniciarse nuevamente la actuación administrativa, es decir, decretarse una nueva apertura de investigación con base en una orden de comparendo emitida por la Policía de Carreteras por infracción a las normas de transporte?

## RESPUESTAS

1. El principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, debe aplicarse, como regla general, en los procesos disciplinarios y administrativos adelantados por las autoridades administrativas, salvo en aquellas materias que por su especial naturaleza no resulten compatibles con él, como es el caso, por ejemplo, de las disposiciones en que se decide sobre sanciones a imponerse por violación de las disposiciones sobre política económica.
2. El principio de favorabilidad cuando es aplicable en materia sancionatoria administrativa, constituye un imperativo constitucional y, por ende, bien puede ser aplicado a solicitud de parte, o de oficio por la autoridad juzgadora competente.
3. No es necesario realizar ningún procedimiento excepcional, adicional o rehacer el proceso adelantado, dentro de los procesos que por conductas realizadas durante la vigencia de los decretos 1554 y 1557 de 1998, se hubieren iniciado con invocación de las disposiciones de tales decretos, y que en la actualidad se encuentren pendientes de decisión o para resolver algún recurso. Basta en ellos, citar la existencia de nuevas disposiciones sancionatorias que resultan más favorables a los inculcados y darles aplicación en la decisión administrativa correspondiente.
4. 4 y 6. Del mismo modo debe actuarse cuando se juzgue la conducta de un eventual infractor de las normas sobre transporte por hechos ocurridos durante la vigencia de los decretos 1554 y 1557, aunque se haya dictado auto de apertura durante la vigencia del decreto 176/2001, o cuando se juzgue una falta cometida después de la vigencia del decreto 176/2001 pero por error se hubieren invocado las normas de los decretos 1554 y 1557 de 1998, a condición de que la conducta por la cual se juzga esté adecuadamente descrita.
5. El principio de favorabilidad en los procesos administrativos sancionatorios en los cuales es aplicable, al igual que en materia penal estrictamente, conlleva la disminución de la pena o sanción para quienes habiendo sido juzgados bajo la vigencia de las normas anteriores (cosa decidida administrativa) no hayan cumplido la correspondiente sanción cuando ocurra el cambio de legislación y esta les sea más favorable. Por ende, deberá dictarse una nueva providencia en la cual se ajuste la sanción a las normas más favorables de la nueva normatividad.

## 13.

# Espacio nacional de consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance

|   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Autoridad u órgano competente para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de delegados. Procedimiento. Consulta previa: marco normativo y estándares que la rigen.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p>  | <p><b>C.P.:</b><br/>Óscar Darío Amaya Navas</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>2504</p> <p><b>Decisión:</b><br/>16-05-2023</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Lucía García</p> |
| <p><b>CONSULTA</b></p>  |   |   |   |
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ¿Puede el propio Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) resolver impugnaciones a las elecciones de delegados para el nuevo periodo?</li> <li>2. Si lo anterior fuera afirmativo, ¿es posible que, mediante la conformación de una comisión accidental del Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) se resuelvan las impugnaciones a las elecciones de delegados ante el Espacio? ¿cuál debe ser el número de delegados ante esta comisión accidental y cuál el procedimiento para su conformación?</li> </ol> |   |   |   |

3. Si la respuesta a la pregunta 1 fuera negativa, ¿cuál sería el procedimiento que se debe seguir para culminar en debida forma el proceso de elección de delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa y poder resolver las impugnaciones e inconformidades referidas?
4. En cualquier caso, ¿cuál debe ser el procedimiento y la autoridad competente para resolver las impugnaciones e inconformidades presentadas contra las elecciones de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa para el periodo 2023-2027?

## RESPUESTAS

1. ¿Puede el propio Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) resolver impugnaciones a las elecciones de delegados para el nuevo periodo?

Sí. El Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, por ser el órgano representativo de estas comunidades en la materia aludida, sería el llamado a resolver las impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de elección de los nuevos dignatarios.

2. Si lo anterior fuera afirmativo, ¿es posible que, mediante la conformación de una comisión accidental del Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) se resuelvan las impugnaciones a las elecciones de delegados ante el Espacio? ¿Cuál debe ser el número de delegados ante esta comisión accidental y cuál el procedimiento para su conformación?

No. Las impugnaciones deben resolverse por el Espacio Nacional de Consulta Previa en pleno, sin perjuicio de que operativamente se apoye en comisiones o grupos de trabajo, según lo determine el órgano representativo en ejercicio de su autonomía.

Por sustracción de materia, no procede responder el resto de interrogantes formulados en esta pregunta.

3. Si la respuesta a la pregunta 1 fuera negativa, ¿cuál sería el procedimiento que se debe seguir para culminar en debida forma el proceso de elección de delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa y poder resolver las impugnaciones e inconformidades referidas?

En atención a que la respuesta a la pregunta 1 fue afirmativa, no hay lugar a pronunciarse sobre este interrogante.

4. En cualquier caso, ¿cuál debe ser el procedimiento y la autoridad competente para resolver las impugnaciones e inconformidades presentadas contra las elecciones de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa para el período 2023-2027?

El procedimiento que debe aplicarse es el propio del derecho de petición, como quedó explicado en la consulta. Respecto a la autoridad, tal como se indicó en la pregunta 1, la competencia es del Espacio Nacional de Consulta Previa en pleno.

## CONSIDERACIONES

El derecho a la consulta previa es un desarrollo del derecho de participación; se encuentra íntimamente ligado al carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano (artículo 1) y al cumplimiento de uno de los fines del Estado consistente en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (artículo 2).

La consulta previa es un derecho fundamental que tiene su respaldo, en el marco internacional, en el Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Convenio 169 de 1989 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007.

Asimismo, en el orden nacional, la consulta previa encuentra su respaldo en la misma Constitución Política, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, y, en consecuencia, reconoce sus derechos a la autonomía, la autodeterminación y la participación democrática, entre otros. Adicionalmente, existe un marco jurídico legal y administrativo que regula este mecanismo, como una expresión de la democracia participativa propia del Estado social de derecho.

Y, por último, ha sido la jurisprudencia nacional la que ha dotado a este derecho fundamental de un contenido extenso, a partir de lo señalado en los instrumentos internacionales mencionados y en los principios consagrados en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, con fundamento en los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, ha desarrollado los estándares que rigen este derecho fundamental, dentro de los cuales se enuncian los siguientes:

- Oportunidad (previa, sin perjuicio de que, en cualquier momento, las comunidades ejerzan su derecho a la participación); (ii) debe existir una afectación directa sobre las comunidades étnicas; (iii) debe tenerse claridad acerca del alcance del territorio; (iv) deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados; (v) Debe atender una regla de adecuación cultural; (vi) debe adelantarse de buena fe; (vii) debe realizarse a través de instituciones representativas; (viii) debe brindarse información adecuada y suficiente; (ix) no conlleva poder de veto; (x) debe tratarse de un diálogo entre iguales que no admite posturas adversariales o de confrontación; (xi) debe ser flexible y atender un “enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres”; (xii) es un derecho fundamental; (xiii) es un desarrollo del principio democrático de participación; (xiv) debe estar orientada a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas; (xv) el derecho fundamental a la consulta previa comprende la etapa de acuerdos y su cumplimiento; y (xvi) debe observarse el deber de debida diligencia, tanto del Estado como de las empresas, en la realización de la consulta previa.

El Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras fue creado por las mismas comunidades étnicas, en ejercicio de su derecho de participación, autonomía y autodeterminación, como una instancia para adelantar

los procesos de consulta previa atinentes a su objeto. En tal condición, funge como el órgano llamado a dilucidar los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de elección de los nuevos dignatarios.

En el acto de creación, las mismas comunidades acordaron, dentro de su autonomía, las reglas de funcionamiento y la forma de integración y elección de los delegados ante dicho Espacio.

Dentro de las reglas de funcionamiento y operatividad diseñadas para dicho órgano representativo de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se establecieron unas comisiones permanentes para el análisis de los temas asignados a cada una de ellas; además, se determinó la posibilidad de crear comisiones accidentales para tratar temas coyunturales o que no sean propios de las comisiones permanentes.

Las comisiones permanentes, según la reglamentación conocen, estudian y recomiendan a la plenaria sobre los temas que les competen; esto significa que ellas no tienen poder decisorio sobre dichos temas, sino una función eminentemente de análisis y recomendación.

Si bien el reglamento no señala con tanta precisión el alcance funcional de las comisiones accidentales, en cuanto a su obligatoriedad, la Sala estima que, siendo armónicos con lo dispuesto para las comisiones permanentes, una comisión accidental tampoco tendría poder de decisión y su función también sería de análisis y recomendación a la plenaria del Espacio.

En cuanto a la forma de integración y elección de los delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa, no existe un procedimiento para atender los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se presenten en el proceso de elección de designados. Ante dicho vacío, y dado que las inconformidades e impugnaciones son una manera de manifestar el desacuerdo ante una decisión, lo que realmente se está ejerciendo es el derecho fundamental de petición.

El derecho de petición es el medio para garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales, como es el caso del derecho a elegir y ser elegido, derechos que son propios de una democracia participativa la cual se constituye en uno de los principios fundamentales del Estado social de derecho.

En este sentido, y ante el vacío existente, la Sala propone como alternativa para resolver los conflictos, inconformidades e impugnaciones surgidos dentro del trámite electoral de los delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, tramitarlos vía derecho de petición. Dado que no se conocen reglas tradicionales para el ejercicio de su derecho de petición, lo conducente, y de manera supletiva, será acudir a las reglas establecidas para todos los ciudadanos en materia del derecho de petición, acorde con la Carta, que son las desarrolladas por el CPACA, mientras las mismas comunidades adoptan sus propias reglas en esta materia, de conformidad con sus costumbres, usos, tradiciones y organización interna.

## 14.

# Régimen contractual de la unidad de búsqueda de personas desaparecidas

|  |  |   |   |
|--|--|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Régimen contractual de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD)</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Justicia y del Derecho</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Édgar González López</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>2488</p> <p><b>Decisión:</b><br/>12-12-2022</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Lucía García</p> |
|--|--|---|---|

## CONSULTA

1. ¿En atención a la naturaleza especial de la UBPD; mandato de transitoriedad; y el marco normativo y jurisprudencial aplicable, ¿cuál es el alcance del inciso 3 del artículo 1 del Decreto Ley 589 de 2017 en cuanto al régimen contractual aplicable a la UBPD?
2. ¿Es viable que la UBPD, como mecanismo que hace parte del Sistema Integral para la Paz, reglamente la gestión contractual para la realización de todos los actos y contratos aplicando los principios de la función administrativa, bajo un régimen excepcional?
3. ¿En garantía de los derechos de las víctimas, cuál debe ser el procedimiento que debe seguir la UBPD para aplicar un régimen excepcional de contratación?

## RESPUESTAS

1. No. El inciso 3 del artículo 1 del Decreto Ley 589 de 2017 tiene como alcance: (i) reafirmar que esta unidad puede realizar todos los actos, contratos o convenios necesarios para el desarrollo de sus funciones; y (ii) precisar que dichos actos, contratos y convenios deben estar acordes con las facultades y atribuciones que la ley y el reglamento le asigne a la UBPD para cumplir sus funciones constitucionales y legales.

En atención a lo dispuesto en las normas constitucionales y legales de creación y reglamentación, la gestión contractual de la UBPD no está sometida a un régimen especial.

Por lo tanto, la UBPD debe aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en sus actuaciones contractuales, de conformidad con sus especiales atribuciones y funciones establecidas por la Constitución y la ley.

2. No. La UBPD no puede reglamentar su gestión contractual bajo un régimen excepcional, por las razones expuestas en este concepto. Lo anterior, sin perjuicio de que, por la naturaleza de sus funciones (humanitarias y extrajudiciales) y el carácter transitorio de la entidad, el legislador le pueda establecer un régimen contractual especial.
3. La UBPD deberá acudir al legislador para crear un régimen excepcional de contratación.

## CONSIDERACIONES

Para la existencia de un régimen especial de contratación para una entidad estatal se requiere la expedición de una norma de rango constitucional y legal permita concluir que se encuentra excluida del Estatuto General de Contratación, de acuerdo con lo expuesto en este dictamen.

Analizadas las normas de rango constitucional y legal (Decreto Ley 589 de 2017) se confirma que el régimen jurídico de contratación de la UBPD es el del EGC pues ninguna de ellas establece un régimen especial para el efecto.

La actividad contractual de la UBPD está sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y al Decreto 1082 de 2015<sup>354</sup>. Por ende, podrá celebrar todos los actos, negocios o contratos que surjan de la autonomía de su voluntad, para lo cual deberá dar aplicación a las normas del Estatuto o en su defecto, a las normas que rigen los contratos civiles y comerciales, según lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, es posible que el legislador establezca un régimen especial de contratación para esta entidad, atendiendo la naturaleza de las funciones que desarrolla (humanitarias y extrajudiciales), así como su carácter transitorio, razones que determinan, según lo manifestado en el escrito de consulta, la exigencia de adelantar sus actividades contractuales de manera ágil.

Al respecto, la Sala considera importante señalar que, en el evento que se considere procedente crear un régimen excepcional de contratación para la UBPD, en razón de la especial naturaleza de sus atribuciones y finalidades, el Gobierno Nacional podrá presentar un proyecto de ley, si así lo considera procedente y necesario.

354.

Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

## 14.1. Servicios Públicos

|   |  |   |  |
|---|--|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>asignación directa temporal del espectro radioeléctrico (ERE). Cálculo del tope máximo de asignación del espectro.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Édgar González López</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>2477</p> <p><b>Fecha:</b><br/>14 de junio de 2022</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Melissa Moncayo</p> |
|---|--|---|--|

### CONSULTA

1. En consideración a la disponibilidad de espectro en la categoría denominada bandas medias altas y que comprende las frecuencias superiores a 3 GHz, que a la fecha no han sido sometidas a proceso alguno de selección objetiva; y en atención a los potenciales beneficios que se derivan de su aprovechamiento para el beneficio de los usuarios, la prestación de un servicio de calidad y continuo y para la gestión eficiente del espectro, ¿resulta viable el otorgamiento de permisos temporales directos de uso de espectro para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceras personas para la explotación comercial de este recurso en relación con las citadas frecuencias?
2. Dado que los permisos temporales facilitan el uso de espectro ¿deberían ser considerados, o no, dentro de los topes máximos de espectro establecidos para los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones por banda?
3. Con la finalidad de aclarar algunos aspectos de la consulta, en especial los supuestos fácticos y jurídicos que le dieron origen, el consejero ponente citó a una audiencia con participación de la señora ministra de las TIC y de los funcionarios por está designados.

La audiencia se llevó a cabo el 9 de mayo de 2022, con la presencia de los consejeros de la Sala y con los funcionarios por estos designados de cada despacho, por una parte, y la ministra y la viceministra de las TIC, la asesora del despacho de la viceministra, el director jurídico del Ministerio y el secretario general de la Presidencia de la República.

En el curso de la audiencia los magistrados de la Sala solicitaron a los funcionarios del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MinTIC), allegar a la Sala, para mejor proveer del dictamen, información y antecedentes que reposan en el Ministerio en relación con el asunto objeto de la consulta.

4. En respuesta a esta solicitud, mediante escrito del 1 de junio de 2022, el MinTIC allegó los soportes e información correspondientes.

## RESPUESTA

1. En consideración a la disponibilidad de espectro en la categoría denominada bandas medias altas y que comprende las frecuencias superiores a 3 GHz, que a la fecha no han sido sometidas a proceso alguno de selección objetiva; y en atención a los potenciales beneficios que se derivan de su aprovechamiento para el beneficio de los usuarios, la prestación de un servicio de calidad y continuo y para la gestión eficiente del espectro, ¿resulta viable el otorgamiento de permisos temporales directos de uso de espectro para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceras personas para la explotación comercial de este recurso en relación con las citadas frecuencias?

Los supuestos fácticos planteados por el MinTIC, para analizar la procedencia de asignar directamente el ERE en la categoría denominada bandas medias altas, y que comprende las frecuencias superiores a 3 GHz, por razones de continuidad del servicio, no corresponden a las condiciones excepcionales exigidas en la sentencia C-403 de 2010 analizada, para aplicar esta excepción prevista en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009.

Lo anterior, sin perjuicio de que el MinTIC pueda realizar esta asignación directa cuando se cumplan las condiciones temporales y materiales señaladas en esta sentencia.

- Dado que los permisos temporales facilitan el uso de espectro ¿deberían ser considerados, o no, dentro de los topes máximos de espectro establecidos para los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones por banda?

Los permisos temporales otorgados por razones de continuidad del servicio, de conformidad con lo previsto en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 y por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010, deben ser considerados dentro de la contabilización de los topes máximos de espectro establecidos para los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones por banda, según se expuso en este concepto.

Por otra parte, la contabilización de los topes máximos para la asignación del ERE no incluye el asignado para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos, de conformidad con las razones expuestas en este concepto.

## CONSIDERACIONES

En armonía con el criterio de continuidad en la prestación de los servicios públicos, en reciente concepto la Sala analizó la procedencia de otorgar permisos temporales directos de uso de espectro radioeléctrico (ERE), a pesar de que, a la fecha de la consulta, no se había realizado un proceso de selección objetiva<sup>355</sup>. En respuesta, la Sala indicó que no se cumplían las condiciones excepcionales identificadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010, para aplicar la excepción prevista en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009<sup>356</sup>.

En este asunto, la Sala explicó que, en el marco de los servicios de telecomunicaciones, la Ley 1341 de 2009, como regla general, eliminó el título de concesión por contrato o licencia que existía para cada tipo de servicio. En el nuevo régimen, siendo según el marco legal el ERE un recurso escaso,

el acceso debe ser autorizado por el MinTIC, mediante un permiso otorgado como resultado de un proceso de selección objetiva, que debe realizarse previa convocatoria pública y con las garantías de ley, en procura de promover el acceso a este bien requerido para la prestación de algunos servicios de telecomunicaciones, como los servicios móviles, a un número plural de interesados, y en armonía con la libre competencia, la igualdad de oportunidades y la prevención de prácticas monopolísticas.

En estos casos, “a diferencia de lo que sucede con la selección objetiva del contrato estatal, [...] el Estado no estará orientado a escoger a un solo contratista o colaborador de la Administración (para la realización de una obra o la prestación de un servicio), sino a garantizar el acceso al uso del ERE por parte de todos aquellos interesados que reúnan las condiciones y calidades exigidos, en un plano de competencia y sin que exista acaparamiento de este recurso por parte de uno o varios operadores. Justamente, para esto último se prevén los topes máximos para la asignación del ERE [...]”.

Excepcionalmente, resulta posible asignar el ERE, pero solo por razones de continuidad del servicio y por el término necesario para realizar la selección objetiva, de conformidad con los vigentes artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009<sup>357</sup>, y la Sentencia C-403 de 2010 de la Corte Constitucional.

- Los artículos originales 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009 establecieron varias excepciones al proceso de selección objetiva que deben seguirse por regla general para la asignación del ERE.

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-403 de 2010 declaró la inexecutable de las citadas excepciones, salvo la referida a la continuidad del servicio, sobre la cual precisamente recae la presente consulta.

En estudio de la providencia, la Sala indicó que Corte Constitucional identificó algunos criterios materiales y temporales para aplicar la excepción de asignación directa del ERE por razones de continuidad del servicio. A saber:

### 355.

a Sala explicó que, “a diferencia de lo que sucede con la selección objetiva del contrato estatal, en estos procesos el Estado no estará orientado a escoger un solo contratista o colaborador de la administración [...], sino a garantizar el acceso al uso del ERE por parte de todos aquellos interesados que reúnan las condiciones y calidades exigidos, en un plano de competencia y sin que exista acaparamiento de este recurso por parte de uno o varios operadores [...]”.

### 357.

Esta disposición fue modificada por el artículo 8º de la Ley 1978 de 2019, en la cual expresamente se dispone, en armonía con la jurisprudencia constitucional: “En aquellos casos, en que prime la continuidad del servicio, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa, únicamente por el término estrictamente necesario para asignar los permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante un proceso de selección objetiva”.

### 356.

Lo dicho, “sin perjuicio de que el MinTIC pueda realizar esta asignación directa cuando se cumplan las condiciones temporales y materiales señaladas en esta sentencia”.

**Condiciones materiales:**

- Que se trate de una situación en la cual esté en riesgo la prestación continua del servicio de telecomunicaciones.
- Que por motivos ajenos a la voluntad de la Administración se encuentra en peligro la continuidad del servicio, en perjuicio de los usuarios.
- Que el uso de la excepción tenga como objetivo superar el riesgo de la suspensión del servicio de telecomunicaciones.
- Que el peligro de continuidad del servicio se traduzca en una situación extrema o excepcional que impida cumplir con la prestación del servicio o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia.

**Condiciones temporales:**

- Para que se considere excepcional, la medida debe tener un carácter temporal y necesario para dar una solución inmediata a efectos de evitar la paralización del servicio.
- Su exequibilidad condicionada solo procede cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, por lo cual solo puede extenderse por el término estrictamente necesario para que se adelante el proceso de selección objetiva, sin dilaciones irrazonables

En lectura de estos parámetros, la Sala señaló que, para la asignación directa del ERE, por razones de continuidad del servicio resulta necesario:

- Que se haya surtido un proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, para asignar el ERE.
- Que en virtud de dicho proceso y de la respectiva asignación del ERE se esté prestando de manera real y efectiva un servicio de telecomunicaciones.
- Que la continuidad en la prestación de ese servicio esté en riesgo de suspensión o parálisis, o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia, por un hecho extremo o excepcional (condición material descrita por la Corte Constitucional). Lo anterior presupone la existencia efectiva y real de prestación del servicio para que pueda encontrarse en una situación excepcional y extrema de parálisis o suspensión, a que alude la Corte en la sentencia analizada.
- Que esté pendiente la realización de un nuevo proceso de selección objetiva, previa convocatoria pública, para atender, de forma permanente, la continuidad del servicio que está en peligro de suspenderse o paralizarse. Además, que la asignación directa se realice por el tiempo estrictamente necesario para la realización de dicho proceso de selección objetiva (condición temporal descrita por la Corte Constitucional).

En el caso concreto explicó que no estaban satisfechos los anteriores parámetros, en razón de lo siguiente:

- Según lo expuesto por el MinTIC, el ERE ubicado en las bandas superiores a 3GHz, en especial aquellas con capacidad para desarrollar tecnología 5G, a la fecha no ha sido sometido a proceso alguno de selección objetiva [...].

- Tampoco se evidencia la existencia de un servicio de telecomunicaciones que esté en riesgo de suspensión o parálisis, o que se encuentre en riesgo de no poderse satisfacer en condiciones de eficiencia, por un hecho extremo o excepcional. [...]
- Finalmente, teniendo en cuenta que a la fecha no ha sido sometido a proceso alguno de selección objetiva la asignación del ERE ubicado en las bandas superiores a 3GHz, no se puede considerar tipificada la condición temporal en el sentido de que se pueden asignar en forma directa por el término estrictamente necesario para adelantar este proceso en estas bandas de frecuencia.

Finalmente, se precisó que los “permisos temporales otorgados por razones de continuidad del servicio [...] deben ser considerados dentro de la contabilización de los toques máximos de espectro establecidos para los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones por banda, según se expuso en este concepto”<sup>358</sup>. En contraste, “la contabilización de los toques máximos para la asignación del ERE no incluye el asignado para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos [...]”<sup>359</sup>.

## CONSULTA

1. “Preguntas relacionadas con el valor del Contrato 033 de 2007 suscrito entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Concesión RUNT S.A.
  - En tanto el valor del contrato es indeterminado pero determinable, y no se pactó valor inicial ni estimado del mismo, ¿cuál es la metodología que deberá emplearse para determinar su valor inicial, y sobre qué porcentaje de derechos económicos cedidos por concepto de registro y expedición de certificados debe calcularse?
  - ¿El valor inicial debe calcularse con base en el salario mínimo mensual legal vigente a la firma del Contrato —2007— o aquel vigente al momento de su estructuración financiera —2006—?
  - Como el Contrato de Concesión es de tracto sucesivo, ¿para calcular el valor inicial se deben tener en cuenta los ingresos corrientes de cada año de ejecución deflactados a la fecha de celebración del contrato?

### 358.

En las consideraciones del concepto se indicó: “desde el punto de vista teleológico, la contabilización del ERE otorgado directamente por razones de continuidad del servicio encuentra fundamento en la exigencia de contabilizar, para efectos de aplicar los toques máximos, todas las asignaciones reales y efectivas del ERE que tengan los operadores para la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros, con su respectiva explotación económica. Lo anterior, con el objetivo de incentivar el uso eficiente de este recurso escaso, evitar su acaparamiento y garantizar la igualdad de acceso y la promoción de la competencia en su asignación”.

### 359.

La Sala explicó lo siguiente: “la contabilización de los toques máximos para la asignación del ERE no incluye el asignado para la realización de pruebas técnicas y homologación de equipos, pues estos están dirigidos a incentivar el desarrollo de la tecnología para beneficio de todos los sectores de la economía y, por lo tanto, de todos los usuarios. Asimismo, por expresa disposición de la Resolución 467 de 2020, estos permisos excluyen la posibilidad de prestar servicios a terceros y de realizar explotación económica de este recurso. Por tanto, en principio, no inciden en la libre competencia y la consolidación de prácticas monopolísticas”.

- ¿Cómo debe calcularse el 50% del valor inicial del Contrato de Concesión número 033 de 2007 como límite para la adición en los términos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?
  - Para efectos de no superar el límite del 50% del valor inicial del contrato en los términos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y dado que el 29 de abril de 2019 se efectuó una primera adición y prórroga al Contrato, ¿cómo deben calcularse el valor de la primera adición y el valor disponible para futuras adiciones, expresados en salarios mínimos legales mensuales?
  - Para efectos de atender lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de cara a una posible adición del Contrato, ¿cómo debe efectuarse el cálculo del valor proyectado de futuras adiciones expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes?
  - En el laudo arbitral de [sic] 9 de agosto de 2018, se declaró a favor de la Concesión Runt S.A. la suma de \$25.592.058.088 como indemnización a título de lucro cesante y tarifas que debieron ser fijadas por el Ministerio y en consecuencia percibidas por la Concesión. En ese sentido, agradecemos se nos indique si la referida suma hace o no parte del valor inicial del contrato”.
2. “Preguntas relacionadas [sic] con la prórroga del Contrato
- Con el propósito de no superar el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿cómo debería calcularse el plazo límite de prórroga del Contrato de Concesión número 037 [sic] de 2007?”
3. “Preguntas relacionadas con la continuidad de la prestación del servicio público del Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT)
- ¿Qué mecanismos jurídicos puede adoptar el Ministerio de Transporte entidad estatal contratante, que no constituya una prestación directa del servicio por su parte, para garantizar la prestación del servicio público del RUNT en caso de ocurrir el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y bajo el supuesto que aún no existe nuevo operador designado para operar el RUNT y/o que no haya culminado el empalme del actual contratista con el futuro operador?
  - Considerando un eventual riesgo en la continuidad del servicio público, de cara al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿el Estado puede declarar la urgencia manifiesta para hacer una contratación directa con el operador actual u otro prestador?

## RESPUESTA

1. Preguntas relacionadas con el valor del Contrato 033 de 2007 suscrito entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Concesión RUNT S.A.
- En tanto el valor del contrato es indeterminado pero determinable, y no se pactó valor inicial ni estimado del mismo, ¿cuál es la metodología que deberá emplearse para determinar su valor inicial, y sobre qué porcentaje de derechos económicos cedidos por concepto de registro y expedición de certificados debe calcularse?

Al no haberse pactado valor inicial o estimado en el contrato de concesión 033 de 2007, la Sala entiende que dicho valor puede determinarse así:

- El valor total del contrato se determina con base en el 100% del valor de las tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante la “Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato.
- La suma de TRESCIENTOS MIL MILLONES de pesos (\$300.000.000.000) “de 31 de diciembre de 2006” (oferta económica aceptada por el Ministerio de Transporte), corresponde al 91% del valor de las tarifas del contrato, el cual aparece como el estimado o aproximado por el que las partes suscribieron el contrato.

Ahora, dado que las tarifas que sirvieron de base para la oferta económica están expresadas en pesos de diciembre 31 de 2006, y que según el numeral 9.4 del pliego de condiciones de la licitación MT-001 de 2006, estas debían ajustarse al “inicio de la Concesión con la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2006 y el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato”, es lógico concluir que dicho ajuste debe operar también respecto del valor inicial del contrato, el cual puede ser determinado por el Ministerio de Transporte, de conformidad con lo consignado en la presente respuesta, y en concordancia con los documentos precontractuales.

El valor inicial del contrato, ajustado en los términos anteriores, se expresará en salarios mínimos mensuales legales vigentes en la fecha del acta de inicio de ejecución del contrato.

¿El valor inicial debe calcularse con base en el salario mínimo mensual legal vigente a la firma del Contrato —2007— o aquel vigente al momento de su estructuración financiera —2006—?”

El valor inicial del contrato de concesión 033 de 2007 determinado conforme a la respuesta anterior, debe ajustarse al “inicio de la Concesión con la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2006 y el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato”. El valor así ajustado se expresará en salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha del acta de inicio.

- “Como el Contrato de Concesión es de tracto sucesivo, ¿para calcular el valor inicial se deben tener en cuenta los ingresos corrientes de cada año de ejecución deflactados a la fecha de celebración del contrato?”

No. En consideración a las respuestas anteriores, para el cálculo del valor inicial no se deben tener en cuenta los ingresos corrientes de cada año de ejecución deflactados a la fecha de celebración del contrato.

- ¿Cómo debe calcularse el 50% del valor inicial del Contrato de Concesión número 033 de 2007 como límite para la adición en los términos del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?”

La Sala se remite a la respuesta dada a la pregunta (i) de este numeral. En consecuencia, el valor inicial del contrato, ajustado en los términos indicados en esa respuesta, se debe convertir a salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época fecha del acta de inicio de ejecución del contrato. Ninguna adición o prórroga que se acuerde puede superar el 50% del valor inicial del contrato, así determinado.

- “¿Para efectos de no superar el límite del 50% del valor inicial del contrato en los términos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y dado que el 29 de abril de 2019 se efectuó una primera adición y prórroga al Contrato, ¿cómo deben calcularse el valor de la primera adición y el valor disponible para futuras adiciones, expresados en salarios mínimos legales mensuales?”
- “Para efectos de atender lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de cara a una posible adición del Contrato, ¿cómo debe efectuarse el cálculo del valor proyectado de futuras adiciones expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes?”
- Las preguntas de los numerales v) y vi) se responden de manera unificada, así:

El valor de la primera adición, así como el de cualquier otra adición o prórroga posterior, debe determinarse en la misma forma señalada para calcular el valor inicial del contrato, esto es, por el **100% del valor de las tarifas** por ingreso de datos al RUNT y por la expedición de certificados de información durante el periodo de la respectiva prórroga.

El valor de la primera adición, celebrada el 29 de abril de 2019, y el de las demás posibles adiciones o prórrogas al contrato deben convertirse a salarios mínimos legales mensuales al momento de la celebración de tales modificaciones, y se encuentra sujeto al límite del 50% previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

- “En el laudo arbitral de [sic] 9 de agosto de 2018, se declaró a favor de la Concesión Runt S.A. la suma de \$25.592.058.088 como indemnización a título de lucro cesante y tarifas que debieron ser fijadas por el Ministerio y en consecuencia percibidas por la Concesión. En ese sentido, agradeceremos se nos indique si la referida suma hace o no parte del valor inicial del contrato”.

La condena por lucro cesante decretada por el Tribunal Arbitral, mediante laudo del 9 de agosto de 2018, hizo tránsito a cosa juzgada.

La referida suma no hace parte del valor inicial del contrato.

Lo anterior, porque se trata, según el laudo, de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato (artículos 1613 - 1617 C.C.), lo que implica que se deriva de una obligación prevista inicialmente en este. Por lo tanto, las sumas respectivas corresponden a valores de ejecución del contrato y no al valor inicial, establecido en la forma señalada en este concepto.

## 2. “Preguntas relacionadas [sic] con la prórroga del Contrato

- Con el propósito de no superar el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿cómo debería calcularse el plazo límite de prórroga del Contrato de Concesión número 037 [sic] de 2007?”

La Sala remite a las respuestas de las preguntas iv) y v) del numeral 1.

En forma adicional, se precisa que las prórrogas a los contratos de concesión de servicios públicos son de carácter excepcional e implican, por regla general, una adición al valor del contrato. En esa medida, deben ser valoradas en dinero, de la forma explicada en este concepto, y están sujetas al límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esta regla debe interpretarse de forma estricta, en armonía con los principios constitucionales y legales de la contratación estatal.

3. “Preguntas relacionadas con la continuidad de la prestación del servicio público del Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT)
- ¿Qué mecanismos jurídicos puede adoptar el Ministerio de Transporte entidad estatal contratante, que no constituya una prestación directa del servicio por su parte, para garantizar la prestación del servicio público del RUNT en caso de ocurrir el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y bajo el supuesto que aún no existe nuevo operador designado para operar el RUNT y/o que no haya culminado el empalme del actual contratista con el futuro operador?”

En caso de ocurrir el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y bajo el supuesto de que aún no exista un nuevo concesionario del RUNT designado y en operación, se prevén en el ordenamiento jurídico 2 causales de aplicación excepcional y transitoria para garantizar la continuidad de este servicio público, a saber: (i) la celebración de un contrato interadministrativo, y (ii) la declaratoria de urgencia manifiesta, teniendo en cuenta, además, las leyes especiales que impongan restricciones adicionales, de acuerdo con las consideraciones de este concepto.

- Considerando un eventual riesgo en la continuidad del servicio público, de cara al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿el Estado puede declarar la urgencia manifiesta para hacer una contratación directa con el operador actual u otro prestador?”

La entidad estatal puede declarar la urgencia manifiesta bajo el supuesto de que se cumplan o configuren las precisas causales que establece el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, cuyo alcance fue explicado en este concepto. La valoración sobre su procedencia, en el caso que nos ocupa, corresponde al Ministerio de Transporte.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

La Sala señaló los criterios jurídicos que deberían tenerse en cuenta, a su juicio, para determinar el “valor inicial” del citado contrato y la forma de calcular el referido límite legal, con el fin de que el Gobierno pudiera establecer, en concreto, la posibilidad de prorrogar o no el señalado contrato de concesión.

En el estudio, se puso de presente que, una modalidad contractual estudiada por la Sala en el marco de los servicios públicos es el contrato de concesión. Puntualmente, en el caso del Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT), la Sala explicó que: “desde una óptica de principios y valores superiores, el RUNT al que se refieren los citados artículos 8 y 9 de la Ley 769 de 2002 encaja dentro del concepto de servicio público al que se refiere el texto constitucional, especialmente los artículos 365 y 366, en tanto que representa una actividad que contribuye a la convivencia pacífica, al mejoramiento de la calidad de vida de la población y al bienestar general”.

Para este cuerpo colegiado, una concesión destinada a prestar un servicio público a cargo del Estado es una de las formas de intervención del Estado en la economía (artículo 334 de la Constitución Política) y

supone la aplicación del principio de colaboración interinstitucional y armónica “como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado”<sup>360</sup>. En el estudio realizado, además de citar el precedente contencioso administrativo, se puso de presente que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-250 de 1996, señaló al respecto que “en dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público [...]. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública)”.

Uno de los aspectos que este cuerpo colegiado ha estudiado en esta materia, son los principios constitucionales y legales aplicables a la adición y prórroga<sup>361</sup>. En el concepto, se puso de presente que, en razón de este marco jurídico, la prórroga no solo es excepcional, sino que, están sujetas al límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual “los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales”.

En esa línea, “de ocurrir el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y bajo el supuesto de que aún no exista un nuevo concesionario del RUNT designado y en operación, se prevén en el ordenamiento jurídico 2 causales de aplicación excepcional y transitoria para garantizar la continuidad de este servicio público, a saber: i) la celebración de un contrato interadministrativo<sup>362</sup> y ii) la declaratoria de urgencia manifiesta [...]”, la cual, para contratar directamente resulta excepcional<sup>363</sup>.

**360.**

Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 16 de febrero de 2022.

**362.**

En las consideraciones se indicó que: según la norma (Ley 769 de 2002, “[p]or la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”, artículo 8º.), el Ministerio de Transporte debe poner en funcionamiento el RUNT, directamente o a través de entidades públicas o particulares y, en esa línea, “una interpretación conforme al principio constitucional de colaboración armónica, indica que es posible celebrar un contrato interadministrativo”, lo que, según el concepto, sería una medida temporal, entre tanto “se concluye la licitación pública a través de la cual ha de escogerse el nuevo operador”.

**361.**

Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 16 de febrero de 2022.

**363.**

Ley 80 de 1993, artículo 42. La Sala ha explicado los elementos de la urgencia manifiesta así:

- (i) es una excepción a los procedimientos que como regla general rigen para la selección de los contratistas del Estado;
- (ii) aplica solo cuando debe garantizarse la continuidad del servicio o conjurarse situaciones de calamidad pública, y con las reglas generales se hacen imposibles tales propósitos;
- (iii) debe ser declarada mediante acto administrativo debidamente motivado; se trata de la explícita y fundamentada voluntad unilateral de la autoridad competente que tiene como efecto jurídico su habilitación para la celebración directa de los contratos requeridos por las situaciones que deben resolverse;
- (iv) con la excepción de las reglas atinentes a su formación, perfeccionamiento y requisitos de ejecución, propios de la urgencia manifiesta que demanda el servicio, los contratos que se suscriban deben reunir los requisitos establecidos en el Estatuto General de Contratación, puesto que la figura de la urgencia manifiesta no prevé alteración alguna a tales requisitos;
- (v) el mal uso de la figura es causal de mala conducta.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 19 de febrero de 2019. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00229-00(C)

|   |   |  |  |
|---|---|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>servicios públicos domiciliarios.<br/>Principios constitucionales y legales. Interpretación del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Personas prestadoras y tipos de contratos que pueden celebrar. Régimen tarifario. Potestades de la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia tarifaria. Rompimiento del equilibrio económico en los contratos estatales.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Álvaro Namén Vargas</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>11001-03-06-000-2016-00002-00(2279)</p> <p><b>Fecha:</b><br/>26 de octubre de 2016</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Melissa Moncayo</p> |
|---|---|--|--|

## CONSULTA

1. “Respecto de las personas jurídicas con las que se pueden celebrar contratos de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos domiciliarios.
  - Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señala que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, se pregunta:
    - ¿Cuál es el alcance del concepto “empresas privadas” contenido en el párrafo 1 del artículo 87 de la ley 142 de 1994?
    - ¿Podría contratarse la operación, financiación y mantenimiento con cualquier empresa privada, aunque no corresponda con la condición de ser empresa de servicios públicos en los términos del artículo 17 citado? En el mismo sentido ¿Quedaría dentro del alcance de “empresa privada” la promesa de sociedad futura?
  - Cuando en los contratos para la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se estipula que la tarifa a cobrar es la que resulte de la aplicación de la metodología general establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, se puede decir que se pactó una tarifa contractual?
2. Respecto del control de las tarifas contractuales
  - ¿La revisión que realiza la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, puede implicar la modificación de la tarifa contractual y, por ende, la modificación del contrato, no obstante haber sido la tarifa propuesta un factor de escogencia del contratista?

- ¿A pesar de que el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no hizo referencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, este órgano con base en las facultades y atribuciones previstas en la Constitución y en la Ley 142 de 1994, puede hacer control tarifario cuando se aplica el párrafo objeto de la consulta. Si la respuesta es positiva, cuál sería el alcance del control?
  - ¿En qué eventos podrían revisarse las tarifas contractuales por parte de las entidades competentes? La revisión procedería de oficio o por petición de los usuarios y con qué periodicidad? ¿Qué implicaciones y consecuencias traería el ejercicio de estas competencias en la ejecución contractual? ¿Podría implicar la modificación del contrato sin generar responsabilidad alguna para la entidad contratante?
  - Teniendo en cuenta que la norma objeto de consulta señala que “Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenderse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley”, se pregunta si la entidad contratante debe establecer unas condiciones mínimas en los pliegos para que el oferente oferte la tarifa a cobrar a los usuarios.
3. Respecto de la naturaleza del contrato de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos.
- ¿Es posible considerar que la contratación de la operación, financiación y mantenimiento no implique la prestación misma [de los] *servicios públicos*?
  - ¿Cuándo se otorguen áreas de servicio exclusivo, modalidad regulada por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, sería posible aplicar el párrafo 1 del artículo 87 de esta ley?.
- ¿Cuándo una empresa de servicios públicos contrata a otra empresa oficial, privada o mixta para que preste estos servicios, resulta procedente dar aplicación al párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994?” (Negrillas en el original)

## RESPUESTA

1. Respecto de las personas jurídicas con las que se pueden celebrar contratos de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos domiciliarios.
- Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señala que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, se pregunta:
    - ¿Cuál es el alcance del concepto “empresas privadas” contenido en el párrafo 1 del artículo 87 de la ley 142 de 1994?

Conforme a lo explicado en este concepto, debe entenderse que los contratos a los cuales se refiere el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, pueden celebrarse por las entidades estatales competentes (entidades territoriales y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios) con las empresas de servicios públicos (privadas, oficiales o mixtas) y los demás prestadores de dichos servicios que señala el artículo 15 de la Ley 142, teniendo en cuenta las restricciones y limitaciones establecidas constitucional y legalmente para algunos de ellos.

En esa medida, la expresión *empresas privadas* que utiliza el artículo 87, párrafo primero de la Ley 142 de 1994, no limita la celebración de los referidos contratos exclusivamente con empresas de servicios públicos de carácter privado, pues, al efectuar un análisis sistemático de la citada ley, se concluye que las demás empresas de servicios públicos y, en general, los prestadores de dichos servicios, enunciados en el artículo 15 *ibidem*, también pueden ser parte en tales contratos.

- ¿Podría contratarse la operación, financiación y mantenimiento con cualquier empresa privada, aunque no corresponda con la condición de ser empresa de servicios públicos en los términos del artículo 17 citado? En el mismo sentido ¿Quedaría dentro del alcance de “empresa privada” la promesa de sociedad futura?

De acuerdo con la respuesta anterior, en relación con la primera pregunta incluida en este literal, la Sala reitera que no es posible contratar la operación, la financiación y el mantenimiento de un servicio público domiciliario con una empresa (pública o privada) que no tenga la calidad de prestador de servicios públicos, en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994. Con respecto a la segunda, debe precisar que la “promesa de sociedad futura” no es una persona jurídica, sino un contrato, y que no existe disposición alguna que permita actualmente la presentación de propuestas o la celebración de contratos estatales mediante la figura de la “promesa de sociedad futura”, de acuerdo con lo explicado en este concepto.

- Cuando en los contratos para la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se estipula que la tarifa a cobrar es la que resulte de la aplicación de la metodología general establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, se puede decir que se pactó una tarifa contractual?

A juicio de la Sala, esta pregunta incluye 2 posibilidades: (i) que se estipule genéricamente que las tarifas que el contratista-prestador del servicio podrá cobrar a los usuarios serán aquellas que resulten de aplicar la metodología y la fórmula que establezca la comisión de regulación competente, o (ii) que se estipule específicamente que el contratista-prestador cobrará, durante toda la vigencia del contrato, las tarifas que resulten de aplicar la metodología y la fórmula vigentes al momento de presentar la propuesta o de suscribir el contrato (según lo que se disponga en los pliegos), o las contenidas en determinada resolución expedida por la CRA.

En el primer caso, no podría decirse que se haya pactado una “tarifa contractual”, ya que dicha estipulación corresponde simplemente a la aplicación de lo que dispone la ley en materia tarifaria, así como de las regulaciones generales expedidas en esta materia por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. En tal hipótesis, el contratista tendría que sujetarse siempre a la metodología y fórmula establecidas por la citada comisión y que se encuentren vigentes en cada momento.

En el segundo caso sí existiría una “tarifa contractual”, la cual de todas formas no podría superar las tarifas que sean aplicables de manera general por los prestadores del respectivo servicio público en la fecha en que se celebre el contrato, conforme a lo dispuesto en la Resolución CRA 151 de 2001.

2. Respecto del control de las tarifas contractuales.

- ¿La revisión que realiza la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, puede implicar la modificación de la tarifa contractual y, por ende, la modificación del contrato, no obstante haber sido la tarifa propuesta un factor de escogencia del contratista?

Sí. La revisión que efectúe la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico a las fórmulas y tarifas que se estipulen en esta clase de contratos, en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, puede implicar la modificación de las mismas, con la consecuente variación parcial en las condiciones contractuales.

- ¿A pesar de que el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no hizo referencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, este órgano con base en las facultades y atribuciones previstas en la Constitución y en la Ley 142 de 1994, puede hacer control tarifario cuando se aplica el párrafo objeto de la consulta. Si la respuesta es positiva, cuál sería el alcance del control?

De acuerdo con lo explicado en este concepto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no puede vigilar o supervisar la ejecución del contrato estatal que celebre la entidad pública competente con un prestador de servicios públicos y, por tanto, no puede sancionar al contratista por el incumplimiento en que eventualmente incurra en relación con las tarifas pactadas.

Sin embargo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, sí puede investigar administrativamente el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios en condiciones uniformes que esta misma situación involucre, particularmente en lo relacionado con el cobro de las tarifas a los usuarios (“control tarifario”), en defensa de sus derechos constitucionales y legales, y aplicar las sanciones correspondientes, según lo previsto en la Ley 142 de 1994.

Asimismo, y en la medida en que intervenga en el procedimiento administrativo que inicie el usuario al presentar una petición, queja o reclamo contra el prestador, con el propósito de resolver el recurso de apelación que aquel llegare a interponer, podría ordenar la devolución de las sumas recibidas indebidamente o en exceso.

- ¿En qué eventos podrían revisarse las tarifas contractuales por parte de las entidades competentes? La revisión procedería de oficio o por petición de los usuarios y con qué periodicidad? ¿Qué implicaciones y consecuencias traería el ejercicio de estas competencias en la ejecución contractual? ¿Podría implicar la modificación del contrato sin generar responsabilidad alguna para la entidad contratante?

La revisión y eventual modificación de las fórmulas tarifarias y de las tarifas pactadas en esta clase de contratos, le corresponde hacerla a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) en cualquiera de los eventos descritos en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, los cuales pueden clasificarse en 2 grandes grupos,

así: (i) En cualquier momento, de oficio, a petición de parte o por traslado que le haga otra autoridad, cuando se presente alguna de las siguientes conductas antijurídicas: abuso de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema o infracción a cualquiera de las prohibiciones contenidas en el artículo 98 de la Ley 142 de 1994; y (ii) de oficio, cada 5 años, a partir de la celebración del contrato.

En los eventos descritos en el numeral (i) anterior, no habría lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato a cargo de la entidad contratante, por cuanto la modificación de las tarifas sería consecuencia de una orden legítima de autoridad competente (la CRA), adoptada para corregir una situación ilegal o antijurídica, de la cual sería responsable total o parcialmente el contratista. En la hipótesis descrita en el numeral (ii), podría presentarse un desequilibrio económico del contrato, en la medida en que la modificación a la fórmula tarifaria que adopte la comisión de regulación llegare a generar un desequilibrio grave o importante del contrato que no esté el contratista en el deber de soportar. En este segundo caso, la entidad estatal y el contratista deberían evaluar y pactar las soluciones que permitan restablecer de la mejor manera posible el equilibrio económico del contrato, o bien acordar o adoptar, según el caso, la terminación anticipada del mismo, entre otras opciones.

- Teniendo en cuenta que la norma objeto de consulta señala que “Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley”, se pregunta si la entidad contratante debe establecer unas condiciones mínimas en los pliegos para que el oferente oferte la tarifa a cobrar a los usuarios.

Sí. Además de los criterios señalados por la norma citada, es necesario establecer explícitamente en los pliegos de condiciones el propósito que se persigue en cada caso con la inclusión de la fórmula tarifaria como base para la adjudicación del contrato, los límites o restricciones dentro de los cuales pueden ofrecerse dichas fórmulas y tarifas, y los eventos en los cuales la entidad estatal podría declarar desierto el proceso de selección, entre otros asuntos, con el fin de que los potenciales oferentes los conozcan, los acepten al momento de presentar sus propuestas y queden obligados por estos en el evento de resultar adjudicatarios del contrato.

### 3. Respecto de la naturaleza del contrato de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos.

- ¿Es posible considerar que la contratación de la operación, financiación y mantenimiento no implique la prestación misma [de los] servicios públicos?

No. Para la Sala es claro que la contratación de la operación, financiación y mantenimiento de un servicio público domiciliario, implica la prestación misma de dicho servicio.

- ¿Cuándo se otorguen áreas de servicio exclusivo, modalidad regulada por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, sería posible aplicar el parágrafo 1 del artículo 87 de esta ley?

- ¿Cuándo una empresa de servicios públicos contrata a otra empresa oficial, privada o mixta para que preste estos servicios, resulta procedente dar aplicación al párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994?

En opinión de la Sala y por las razones explicadas en este concepto, no resultaría jurídicamente adecuado que una empresa de servicios públicos (sea oficial o de otra clase) subcontrate a otra empresa de servicios públicos para que preste de forma integral o completa determinado servicio público domiciliario en un municipio o región del país.

De todas formas, aunque se llegaran a celebrar tales contratos, no podría pactarse en los mismos la fórmula tarifaria y las tarifas que con base en aquella disposición podría cobrar la empresa contratista a los respectivos usuarios.

En síntesis, en la hipótesis planteada en esta pregunta, no es viable aplicar lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional fueron el punto de partida para el sustento de este concepto. En el documento, la Sala puso de presente la regulación directa de los servicios públicos en el texto superior, mediante el Título XII, Capítulo V, y, a renglón seguido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, su coincidencia con la del Consejo de Estado y la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sumado al reconocimiento pleno de la supremacía constitucional. Puntualmente, se indicó “la interpretación de cualquier disposición que forme parte del régimen legal de los servicios públicos debe hacerse, en primer lugar, conforme a las disposiciones constitucionales que regulan dichos servicios”.

Del marco superior y la jurisprudencia constitucional se indicó que los servicios públicos (en general) son inherentes al Estado social de derecho (artículo 365 CP), en la medida en que la “realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos<sup>364</sup>. Mediante los servicios públicos se pretende la solución de necesidades básicas (artículos 49, 67, 68, 79, 80 y 366, entre otros CP), el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (artículo 334), y el disfrute de un ambiente sano (artículos 79, 80, 334 y 366, entre otros).

Para lograr esos propósitos, según la jurisprudencia constitucional citada, el Estado debe intervenir y racionalizar la economía previendo la prestación de los servicios eficiente, universal y con calidad

364.

Cita en el concepto de la Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

(artículos 334 y 365 CP). En esa línea, interviene en el régimen tarifario, en procura de que atienda a los criterios de “costos, solidaridad y redistribución del ingreso” (artículo 367 CP). Con esto último, se propende porque todas las personas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubren las necesidades básicas y, en esa medida, se puede conceder subsidios a quienes cuenten con menores ingresos (artículo 368 CP). En esa línea, citó la jurisprudencia constitucional de conformidad con la cual, si bien el Estado puede prestar los servicios públicos o prestarlos mediante particulares o comunidades organizadas (artículo 365 y 367 CP), “mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios” (artículos 334, 365 y 370 CP)<sup>365</sup>. Con todo, debe impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica o sancionar la posición dominante (artículo 333 CP).

En concordancia con lo anterior, se citó un concepto emitido por ese mismo cuerpo colegiado, de conformidad con el cual la “subsistencia digna de las personas” tiene como presupuesto “indispensable” que los servicios públicos sean prestados y cumplan sus finalidades en torno a la satisfacción de necesidades inherentes al ser humano. Una situación contraria tiene el potencial de comprometer la vida digna, la integridad personal y la salud<sup>366</sup>. En razón de lo anterior, “La prestación de los servicios públicos domiciliarios constituye un asunto de Estado y por lo tanto pertenece a la órbita de lo público”<sup>367</sup>.

En torno al régimen tarifario, objeto del pronunciamiento, el punto de partida del análisis fue “recordar que uno de los aspectos a los que el constituyente de 1991 dio mayor importancia en el tema de los servicios públicos domiciliarios, fue el de las tarifas”. Lo cual tuvo incidencia en la inclusión, en el Texto Superior, del artículo 367, mediante el cual se ordenó al Legislador “expedir” el régimen tarifario [de estos servicios] que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”, labor que fue cumplida de forma pronta con el Título VI de la Ley 142 de 1994. Así como el artículo 388, de conformidad con el cual, “la Nación, los departamentos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, establece en el Título VI el régimen tarifario de las empresas de servicios públicos y en el Capítulo I se determinan los “conceptos generales”.

365.

Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

366.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2236 del 22 de febrero de 2016.

367.

Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

En lectura de estas normas, la Sala precisó que las tarifas<sup>368</sup> obedecen a una fórmula fijada por la Comisión de Regulación del sector. En aplicación de esta regla general, las comisiones de regulación: “no solamente deben establecer las fórmulas que los prestadores de servicios públicos están obligados a utilizar para liquidar y cobrar las tarifas a sus usuarios, sino que también pueden señalar la metodología que debe emplearse para aplicar dichas fórmulas, así como fijar toques tarifarios mínimos y máximos de obligatorio cumplimiento”.

La norma bajo estudio, artículo 87, párrafo 1 de la Ley 142 de 1994, establece una excepción al régimen tarifario general. Puntualmente, se determina que:

- **PARÁGRAFO 1.** Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto estas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema.
- Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo, las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga<sup>369</sup>.

### 368.

En el concepto se recuerda que “Las tarifas de los servicios públicos son el precio que los usuarios pagan por recibirlos e, incluso, por la simple disponibilidad que las empresas y los demás prestadores tengan para suministrarlos”. Así mismo se señala que “Tales tarifas se cobran a los usuarios mediante la expedición de las respectivas facturas, en desarrollo del contrato de prestación de servicios en condiciones uniformes que se suscribe o se presume celebrado con cada usuario”.

### 369.

Sobre la norma objeto de análisis se puso de presente que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-150 de 2003, estudió la procedencia de una demanda contra la disposición en comento (párrafo 1º, artículo 87, Ley 142 de 1994), presentada con sustento en el supuesto desconocimiento que esta implica respecto de la potestad otorgada a las comisiones de regulación para intervenir en la fijación del régimen tarifario (por permitir que la tarifa “sea un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos”). Sin embargo, en esa oportunidad, la entidad judicial consideró que no fue acreditada “ninguna” razón destinada a mostrar que las acciones del Estado para [...] la inclusión de la tarifa que propone quien quiere ser contratista para la prestación de los servicios públicos, como elemento de evaluación... presentan una oposición objetiva y verificable con los artículos constitucionales”. Afirmación que fue asumida por la Sala como un “entendimiento preliminar” en el ámbito constitucional.

En el concepto, la Sala explicó que, el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 resulta aplicable en contratos destinados a garantizar la cobertura requerida por motivos de interés social y la continuidad en la prestación del servicio. En efecto, se trata de aquellos relacionados con las “áreas de servicio exclusivo”<sup>370</sup> (artículo 40) y los destinados a “sustituir a una empresa de servicios públicos que haya entrado en causal de disolución y deba ser liquidada”<sup>372</sup> (artículo 61). Ambos objetivos de importancia vital para la población.

Según este cuerpo colegiado, la aplicación de la disposición es una excepción al principio de libertad de entrada, considerando que “salvo en aquellos casos previstos taxativa y expresamente por la Ley 142 de 1994 o las demás leyes que regulan parcialmente los servicios públicos domiciliarios (como la Ley 143 de 1994 [...] no pueden condicionar la prestación de un servicio público domiciliario [...] a la previa suscripción de un contrato con la respectiva entidad pública [...]”. Por consiguiente, las excepciones de ley deben interpretarse de manera restrictiva.

En todo caso, “la decisión de incluir las tarifas como un elemento para la adjudicación de tales contratos, y la incorporación en estos de las respectivas fórmulas tarifarias, es una decisión que debe corresponder a los fines perseguidos con esta clase de actos”. En contraste, “si la determinación de la tarifa como elemento para la adjudicación de esta clase de contratos, y la estipulación de una fórmula tarifaria especial [...] no inciden clara y positivamente en el logro de los objetivos señalados, según corresponda, tales elementos no deberían utilizarse en el proceso de selección ni en el contrato”.

Según este cuerpo colegiado, la aplicación de la disposición es una excepción al principio de libertad de entrada<sup>372</sup>, considerando que “salvo en aquellos casos previstos taxativa y expresamente

**370.**

Según la norma: “Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. [...]”.

**372.**

La Sala señala que resulta “necesario recordar que uno de los principios básicos que consagró la citada ley y que, tal como lo disponen los artículos 13 y 30 *ibidem*, deben servir para interpretar todas las disposiciones de esa normatividad y, en particular, aquellas que regulan los actos y contratos de las empresas, es el principio de “libertad de entrada” que, según el artículo 22 de la Ley 142, consiste en que “*las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades*”. Debe aclararse que los artículos 25 y 26 que se citan en este precepto, se refieren a los “contratos de concesión” que algunas empresas deben suscribir, o a las licencias que deben obtener, para utilizar las aguas o el espectro electromagnético involucrados en la prestación de ciertos servicios públicos, así como a los permisos ambientales y sanitarios que requieran, y a los que exijan las normas generales sobre planeación urbana, circulación y tránsito, uso del espacio público, o seguridad y tranquilidad ciudadanas, que los municipios deben expedir o aplicar. No se trata, por ende, de contratos de concesión *para la prestación del servicio público*.

**371.**

Dice la norma “Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión del Superintendente de Servicios Públicos, una empresa de servicios públicos entre en proceso de liquidación, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la autoridad competente para la prestación del respectivo servicio, para que ella asegure que no se interrumpa la prestación del servicio. Si no se toman las medidas correctivas previstas en el artículo 220 del Código de Comercio, la liquidación continuará en la forma prevista en la ley. [...]”.

por la Ley 142 de 1994 o las demás leyes que regulan parcialmente los servicios públicos domiciliarios (como la Ley 143 de 1994 [...] no pueden condicionar la prestación de un servicio público domiciliario [...] a la previa suscripción de un contrato con la respectiva entidad pública [...]). Por consiguiente, las excepciones de ley deben interpretarse de manera restrictiva.

En todo caso, “la decisión de incluir las tarifas como un elemento para la adjudicación de tales contratos, y la incorporación en estos de las respectivas fórmulas tarifarias, es una decisión que debe corresponder a los fines perseguidos con esta clase de actos”. En contraste, “si la determinación de la tarifa como elemento para la adjudicación de esta clase de contratos, y la estipulación de una fórmula tarifaria especial [...] no inciden clara y positivamente en el logro de los objetivos señalados, según corresponda, tales elementos no deberían utilizarse en el proceso de selección ni en el contrato”.

Puntualmente, en relación con el alcance de la expresión “empresas privadas”, contenida en la norma, en el concepto se indicó que, es viable comprender que se refiere a aquellas empresas que, por disposición del ordenamiento jurídico, puedan prestar servicios públicos, es decir, oficiales, mixtas o privadas, e, incluso, “otros prestadores de servicios públicos que, sin tener el carácter de “empresas”, están facultados por la ley para prestar dichos servicios”. No es posible comprender que dicha expresión se restringe a las “empresas de servicios públicos privadas”. Lo contrario, podría “vulnerar los derechos a la igualdad y a la libre competencia económica (artículos 13 y 333 de la Carta Política, respectivamente), sin una justificación que se muestre clara y relevante, desde el punto de vista constitucional”. Sumado a la contradicción de la Ley 142 de 1994, que propenden por ampliar la cobertura, incentivar la competencia y mejorar la eficiencia en la prestación.

Eso sí, siguiendo el mismo marco constitucional se indicó que “la expresión *empresas privadas* que utiliza el artículo 87 de la misma ley, en su parágrafo 1, como destinatarias de los contratos que se celebran para efectuar la “financiación, operación y mantenimiento” de uno o varios servicios públicos domiciliarios, no puede significar cualquier empresa, conformada por una persona natural o jurídica, sino únicamente las empresas de servicios públicos domiciliarios definidas y reguladas en la Ley 142, así como otros prestadores de dichos servicios, previstos en el artículo 15 *ibidem*”. Lo anterior, tras señalar que, por disposición constitucional, se estableció de manera genérica “quiénes están facultados para prestar servicios públicos en Colombia, al disponer que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares (artículo 365)” y defirió al Legislador la “tarea de regular dichos servicios, incluyendo, entre otros asuntos, “las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios” (artículo 367)”.

Así mismo, con sujeción al marco constitucional se indicó que, en principio, “no resulta claro que una empresa de servicios públicos (oficial, mixta o privada) pueda encargar a otra, mediante la suscripción de un contrato, la prestación integral, total o completa de uno o varios servicios públicos domiciliarios en un determinado municipio o región del país”. Lo anterior en la medida en que podría desconocer el mandato constitucional que exige “proteger y promover la competencia, por los beneficios económicos y sociales que esta es susceptible de generar”. En efecto, según se indicó, “en aquellos municipios o regiones en donde solamente existan dos (2) empresas capaces e interesadas en prestar determinado servicio público, la unión de las dos mediante un contrato como el que se

plantea, implicaría crear de hecho un monopolio”. Lo anterior, a pesar de que “la ley proscribe y sanciona los acuerdos entre empresas de servicios públicos (que, en principio, son competidoras), que puedan tener la intención o simplemente el efecto de disminuir la oferta, repartirse el mercado, distribuirse servicios o cuotas, aumentar las tarifas o cualquier otra consecuencia similar que impida al mercado funcionar en la forma como debería hacerlo en condiciones normales de competencia”.

No sería jurídicamente “adecuado”, según el concepto que “una empresa de servicios públicos (sea oficial o de otra clase) subcontrate a otra empresa de servicios públicos para que preste de forma integral o completa determinado servicio público domiciliario en un municipio o región del país [...]”. Para la Sala, “aun cuando este tipo de contratos se pudiera celebrar válidamente, en ningún caso sería posible hacer uso del parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994”, pues “el régimen jurídico que gobierna la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia no permite que 2 empresas de servicios públicos puedan acordar entre ellas las tarifas que la contratista o ejecutora pueda cobrar efectivamente a los usuarios”

En torno a las facultades de revisión y modificación de la Comisión de Regulación de Agua Potable<sup>373</sup>, en el concepto la Sala resaltó que la revisión de las tarifas de que trata la norma se realiza en 2 hipótesis: la primera, “cuando se presenten abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema o violación a las prohibiciones previstas en el artículo 98 de la Ley 142 de 1994”; la segunda, cada cinco (5) años y cuando la citada ley lo disponga<sup>374</sup>.

En la primera, se advierte la necesidad de cumplir fines constitucionales como, por un lado, la intervención del Estado en procura de que sea garantizada la libertad económica, así como evitar o controlar “cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” (artículo 333 CP); así como garantizar el mismo trato tarifario. Así, la incidencia que puede tener la Comisión para la revisión, “resulta en esta hipótesis válida y legítima, como un mecanismo de intervención correctiva que busca evitar que un comportamiento ilícito y anticompetitivo se siga presentando”. En esa medida, cuando se adviertan cumplidas las condiciones para la modificación, no podría hablarse tanto de un “rompimiento del equilibrio económico del contrato en perjuicio del contratista, que exija un restablecimiento a su favor, sino principalmente como un asunto de responsabilidad patrimonial que debe ser asumido por quien lo haya causado”.

**373.**

Las funciones mencionadas en este párrafo, sobre intervención del Estado en la economía, en la materia de servicios públicos, “se asignó especialmente a las comisiones de regulación, como delegatarias de la potestad presidencial de intervención en este sector de la economía (artículo 68 de la Ley 142 de 1994)”.

**374.**

En la segunda hipótesis, la “modificación solamente podría ordenarse cuando sea evidente y comprobable que las fórmulas y las tarifas acordadas, al momento de la intervención, resulten: (i) contrarias a las normas legales que deben observar (artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 142), o (ii) incompatibles con los fines para los cuales se celebró el contrato.”

Así las cosas, “[e]n los eventos descritos en el numeral (i) anterior, no habría lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato a cargo de la entidad contratante, por cuanto la modificación de las tarifas sería consecuencia de una orden legítima de autoridad competente (la CRA), adoptada para corregir una situación ilegal o antijurídica, de la cual sería responsable total o parcialmente el contratista. En la hipótesis descrita en el numeral (ii), podría presentarse un desequilibrio económico del contrato, en la medida en que la modificación a la fórmula tarifaria que adopte la comisión de regulación llegare a generar un desequilibrio grave o importante del contrato que no esté el contratista en el deber de soportar. En este segundo caso, la entidad estatal y el contratista deberían evaluar y pactar las soluciones que permitan restablecer de la mejor manera posible el equilibrio económico del contrato, o bien acordar o adoptar, según el caso, la terminación anticipada del mismo, entre otras opciones”.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de revisión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, lo primero que se puso de presente, al abordar este tema, es que en la Constitución Política, mediante el artículo 370, se hizo referencia al control, inspección y vigilancia sobre las entidades que los presten, labor que encomendó al Presidente de la República, para que sea ejercida con sujeción a la ley, mediante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, “única superintendencia que está prevista en la Constitución de forma específica”. En el régimen ordinario la Superintendencia tiene facultades tanto para imponer sanciones por el cobro indebido de tarifas establecidas por la comisión de regulación respectiva, como para resolver recursos de apelación “en defensa de sus derechos constitucionales y legales” y, por esa vía imponer la devolución o restitución de sumas cobradas en exceso.

|   |   |  |  |
|---|---|--|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>transporte público automotor de carga. Régimen de tarifas de los contratos de transporte y de vinculación. Facultades del Ministerio de Transporte</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Transporte</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Luis Fernando Álvarez Jaramillo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>11001-03-06-000-2006-00034-00(1735)</p> <p><b>Fecha:</b><br/>7 de septiembre de 2006</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Melissa Moncayo</p> |
|---|---|--|--|

## CONSULTA

- Para efectos de interpretación de la normatividad que regula la prestación del servicio público automotor de carga, ¿cuál es la naturaleza jurídica de los contratos que se suscriben:?
  - Entre una empresa de transporte y un generador de carga
  - Entre una empresa de transporte y el propietario del vehículo
- De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la prestación del transporte público automotor de carga en Colombia, es competente el Ministerio de Transporte para regular las relaciones económicas entre:
  - El generador de la carga y la empresa de transporte
  - Entre la empresa de transporte y el propietario del vehículo [sic]

## RESPUESTA

- Para efectos de interpretación de la normatividad que regula la prestación del servicio público automotor de carga: (1.1) los contratos que se suscriben entre una empresa de transporte y un generador de carga o (1.2) entre una empresa de transporte y el propietario del vehículo, son de derecho privado.
  - Los artículos 29 y 30 de la ley 336 de 1996 que regulan la prestación del transporte público automotor de carga en Colombia, le atribuyen al Ministerio de Transporte la competencia para fijar la tarifa básica o flete a aplicar en el contrato de transporte público automotor de carga que se celebre entre el generador de la carga y la empresa de transporte. Competencia que está acorde con el marco funcional otorgado a este tipo de entidades en la Constitución Política (artículo 208) y en la ley 489 de 1998 (artículo 58).
  - (2.2) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del Estatuto General de Transporte, el Gobierno Nacional conformado por el Presidente de la República y el Ministro de Transporte — artículo 115 C.P— es el competente para reglamentar los aspectos económicos de las relaciones que se presentan entre las empresas de transporte y los propietarios de los vehículos que se utilicen en la actividad transportadora, en cuanto afecten la sana competencia en el sector.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

Para dar respuesta a las preguntas, la Sala explicó la diferencia entre las facultades de regulación y reglamentación en el marco del derecho constitucional moderno.

En el concepto se puso de presente que, la Constitución Política hoy en día es identificada como la “norma de normas”, debido a que integra valores, principios y derechos y, sumado a ello, una regulación directa sobre ciertos asuntos y conductas que, en ocasiones, puede ser tan exhaustiva que suplente la labor del legislador, a quien por regla general, en el Estado de Derecho Colombiano le corresponde “hacer las leyes” (artículo 150 CP), ya sea por expresa disposición constitucional o en cumplimiento de la representación democrática que le asiste.

Para ilustrar esta consideración, se puso de presente la siguiente cita sobre la Sentencia C-527 de 1994, emitida por la Corte Constitucional:

La Constitución de 1.991 ha mantenido tal cláusula general de competencia en el Congreso, por lo cual esta rama del poder tiene la facultad de desarrollar la Constitución y regular legislativamente la vida del país, no solo en ejercicio de las atribuciones que expresamente le confiere la Carta, sino en aquellas materias que no hayan sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado. Se trata pues de una competencia amplia pero que no por ello deja de ser reglada, porque está limitada por la Constitución. Así, el Congreso no puede vulnerar los derechos de las personas, ni los principios y valores constitucionales. Tampoco puede el Congreso desconocer las restricciones que le ha establecido la Constitución, ya sea de manera expresa, como sucede con las prohibiciones del artículo 136 superior, ya sea de manera tácita, al haber reservado ciertas materias de otras ramas del poder o a otros órganos del estado [énfasis añadido].

Se resalta entonces, por parte de esta Sala la jurisprudencia constitucional que, desde sus orígenes ha explicado el criterio de validez normativa en el ordenamiento jurídico colombiano. Una disposición de inferior jerarquía resulta válida siempre que guarde armonía con el Texto Superior.

Ahora bien, según este concepto, la Constitución Política en ciertos casos “atribuye competencias de regulación a órganos diferentes al legislador” cuando no exista reserva legal. Se trata de un “desplazamiento sucesivo” de poder, por norma constitucional o legal “sin que los titulares originarios pierdan dicha atribución, la cual pueden ejercer en el momento que consideren oportuno y necesario”<sup>375</sup>.

Puntualmente, en cuanto a la potestad reglamentaria, la Sala de Consulta acogió la jurisprudencia constitucional desarrollada mediante las Sentencias C-066 de 1999 y C-085 de 2001 y, en ese sentido indicó que “la potestad reglamentaria, constitucionalmente atribuida al Presidente de la República,

375.

Esta afirmación que pone de presente un interesante debate constitucional sobre el alcance y la naturaleza de disposiciones legales y la normatividad emitida por autoridades distintas al Congreso de la República, el cual se resalta sin pretensión de exhaustividad, pues por su profundidad requeriría un estudio integral de la materia, el cual no es materia de estudio en esta oportunidad.

debe distinguirse de la facultad que pueden tener los ministros para regular aspectos de carácter operativo o técnico que se relacionen con el sector administrativo bajo su dirección. (Esta posición se encuentra también, entre otras, en las sentencias de la Corte Constitucional C-567 de 2.000 y C-090 de 2.001 y en la Sentencia del Consejo de Estado correspondiente al expediente 1458 de 1.996)".

Para aplicar estas consideraciones al caso concreto, en el concepto se explicó en qué consiste el contrato de transporte y, puntualmente, el "servicio público de transporte automotor de carga", precisando que, en cualquiera de sus modalidades es un contrato de derecho privado<sup>376</sup> "calidad que no se modifica por tratarse del servicio público de transporte". Así entonces:

Las consideraciones de orden constitucional expuestas en este capítulo, permiten a la Sala afirmar que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 334 Superior, el Estado establece el marco de la regulación legal a partir del cual pueda el Gobierno Nacional, de manera precisa y concreta, adoptar medidas para limitar la iniciativa privada de quienes participan en la industria del transporte, es decir, los generadores de carga, las empresas de transporte y los propietarios de los vehículos, lo que no significa que se modifique la naturaleza jurídica de derecho privado de los contratos de transporte, ni de los contratos para la vinculación al servicio de vehículos de terceros.

En este sector específico, al Ministerio de Transporte le corresponde, mediante actos administrativos", fijar la política de precios sobre los diferentes modos de transporte (Ley 336 de 1996, artículos 29 y 30). En consecuencia, le corresponde "fijar las tarifas básicas a las que se deben sujetar la empresa transportadora u operadora y el generador de carga o remitente al celebrar el respectivo contrato de transporte de carga", todo "sin perjuicio de la subordinación a los decretos que el Presidente de la República expida en ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 189 num.11 C.P.)".

A su vez, al Gobierno Nacional le corresponde, por medio de reglamentos, intervenir en las relaciones vinculadas al servicio de transporte<sup>377</sup>, lo que incluye "fijar la política de precios para el contrato de vinculación, pues del contenido material de la competencia atribuida en el artículo 65 al "Gobierno Nacional", se deduce que este puede reglamentar todos los aspectos de las relaciones entre los distintos elementos vinculados a la industria del transporte que puedan afectar el equilibrio del mercado y la sana competencia".

376.

La naturaleza privada del contrato obedece a que este contrato se encuentra regulado en el Código de Comercio, "la actividad de transporte que desarrollan las empresas habilitadas para el efecto es considerada por éste estatuto como de carácter mercantil (artículo 20 numeral 11 del CCO.) y las partes son particulares".

377.

La Sala explicó que: "el legislador estableció un esquema distinto de intervención en cada uno de estos contratos. En efecto, mientras que con respecto a los diferentes modos de transporte, los artículos 29 y 30 de la ley 336 atribuyen al "Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte" la competencia para la formulación de la política para la fijación de tarifas; en el segundo caso, la ley faculta directamente al "Gobierno Nacional" para expedir los reglamentos necesarios para armonizar las relaciones entre quienes intervienen en la industria del transporte, incluyendo, en concepto de la Sala, la formulación de la política en materia de tarifas aplicable a los contratos para vinculación de equipos, en la medida en que éstos contratos están intrínsecamente relacionados con la actividad del transporte y por tanto hacen parte del régimen de competencia del mismo".

|  |  |   |  |
|--|--|---|--|
| <p><b>Asunto</b><br/>subsidios en el régimen de transición aplicable a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministro de Desarrollo Económico</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Susana Montes de Echeverry</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>1409</p> <p><b>Fecha:</b><br/>11 de abril de 2002</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Melissa Moncayo</p> |
|--|--|---|--|

## CONSULTA

1. ¿El artículo 99 de la ley 142 de 1994, perteneciente al título VI relativo al régimen tarifario, señala reglas para otorgar subsidios con recursos provenientes del régimen tarifario (contribuciones de solidaridad cobradas a los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6 y a los usuarios industriales y comerciales) o únicamente para los subsidios que se otorguen con recursos provenientes de los aportes efectuados por la Nación y/o las entidades territoriales de que trata el artículo 368 de la Constitución Nacional?
2. ¿Para determinar los límites de que trata el artículo 99.6 ídem, deben incluirse los subsidios provenientes del régimen tarifario, así como los recursos que aporten para el efecto la Nación y/o las entidades territoriales?
3. ¿El subsidio implícito de que trata el artículo 87.9 de la ley 142 de 1994, se encuentra comprendido dentro de los subsidios a que alude el artículo 99?
4. ¿El subsidio implícito antes mencionado debe tenerse en cuenta para efectos de determinar los límites a que alude el artículo 99.6 ídem?
5. ¿Es jurídicamente viable, subsidiar los consumos complementarios y suntuarios de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, de conformidad con la normatividad vigente, y/o permitir desmonte gradual de estos subsidios durante el periodo de transición?
6. Si una empresa prestadora de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico aumenta sus costos de referencia durante el periodo de transición, previa actuación administrativa surtida ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en consecuencia de lo cual aumentan los valores del consumo complementario y suntuario, podría permitirse que la transición se aplicara también para estos rangos de consumo o, por el contrario, estos nuevos costos serían de aplicación inmediata? (sic).
7. Tendría la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico competencia para expedir acto administrativo relativo al tema, dado que la ley 632 de 2000 dispuso que el plazo, condiciones y celeridad para el desmonte de los subsidios debía establecerse, antes del 28 de febrero de 2001, por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico?

8. ¿Podría el Gobierno Nacional reglamentar la materia y permitir desmonte gradual de los subsidios que se hayan otorgado al consumo complementario?

## RESPUESTA

1. El artículo 99 de la ley 142 de 1.994, contiene algunas disposiciones de aplicación únicamente para el otorgamiento de los subsidios directos por las entidades territoriales; otras de sus disposiciones contienen reiteraciones de normas que otros artículos de la ley 142/94 prevén en general para toda clase de subsidios y, finalmente, el citado artículo contiene normas que, por su naturaleza, como lo entendió la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad, son aplicables a todas las formas de subsidio que la misma ley prevé.
2. 2, 3 y 4. Sí. Para determinar los límites de que trata el artículo 99.6 de la ley 142 de 1.994, deben considerarse la totalidad de los subsidios otorgados, sean provenientes del régimen tarifario (subsidio cruzado), del subsidio directo otorgado por las entidades territoriales y el subsidio implícito previsto en la ley, si se dan las condiciones pertinentes para que haya lugar a este tipo de subsidio.
3. 5. No es jurídicamente viable subsidiar los consumos complementarios y/o suntuarios de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, pues la ley es perentoria en el sentido de que los subsidios están exclusivamente previstos para los consumos básicos o de necesidades de subsistencia (arts. 86.2, 87.3 y 99.5 L. 142/94).

Los cobros en forma diferente a la establecida en la ley 142 de 1.994, durante los periodos de transición fueron regulados por la ley y esta facultó a las Comisiones de Regulación para determinar la gradualidad. Las disposiciones vigentes hoy para los servicios de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico, están contenidas en resoluciones números 151 y 153 de 2001; para cambiarlas se requiere de una decisión del legislador.

4. 6. El periodo de transición está concebido para realizar el ajuste o adecuación de los subsidios a las disposiciones de la ley 142 de 1.994, esto es, para desmontar los sistemas que venían aplicándose en esta materia a fin de someterla a las disposiciones de la nueva ley. Por ello no es compatible con la previsión legal subsidiar costos en los consumos complementarios y suntuarios producidos con posterioridad a la expedición de la ley. Estos deben ser manejados y aplicados conforme las normas de la ley 142 y las que la modifican o adicionan.
5. 7. La regulación del régimen tarifario y el ajuste al mismo, son competencias del legislador. Por lo mismo, no tiene competencia propia la CRA para ello y si lo hizo en el pasado fue por una atribución especial y específica dada por el legislador en forma temporal.
6. 8. El Gobierno Nacional en todo momento tiene y conserva la capacidad de reglamentar las leyes (art. 189.11C.N.); sin embargo, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria no puede asumir funciones que competen, constitucional y legalmente, al legislador o a otras autoridades.

Tampoco puede el Presidente, en ejercicio de la función reguladora a él atribuida por el artículo 370 de la Carta Política, completar la ley o modificarla.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

La Sala resaltó que, por disposición del texto superior, los servicios públicos son una finalidad inherente al modelo de Estado vigente. En este, su prestación “eficiente, regular y permanente” es una **“responsabilidad constitucional”** a cargo del Estado, que ejerce, directa<sup>378</sup> o indirectamente - con la participación de particulares y comunidades organizadas-, y, para el efecto, debe aplicarse el **régimen jurídico determinado por el Congreso de la República** (artículos 150.23, 365, 367 CP). Siempre, con miras a garantizar la cobertura y eficiencia como un derecho de “todos los habitantes del territorio nacional”.

Así mismo, este cuerpo colegiado citó algunos de los primeros pronunciamientos de la Corte en la materia. Puntualmente, hizo referencia a la Sentencia T-570 de 1992, en la cual dicha Corporación catalogó como un rasgo del Estado “moderno” el acceso a los servicios públicos. Así mismo, citó la Sentencia T-064 de 1994, según la cual, las disposiciones superiores exigen al Estado imprimir “a sus actuaciones un contenido enderezado a cubrir **necesidades básicas insatisfechas** y a garantizar **condiciones mínimas de existencia**, acordes con las exigencias de la dignidad humana” [énfasis añadido] y, precisamente:

Se destaca la noción de servicio público, en tanto medio que **permite concretar las posibilidades** del Estado Social de Derecho [resaltado propio].

Seguidamente, en el concepto se dedicó un acápite completo para referirse al “[p]rincipio constitucional de **solidaridad** social en el desarrollo de los servicios públicos a fin de garantizar su prestación **eficiente** a las personas de **menores ingresos**” [énfasis añadido]. Para la Sala, en este concepto, la “solidaridad” es uno de los elementos fundantes del Estado social de derecho (artículo 1 CP), por ende, la organización, dirección y reglamentación que este realice debe estar conforme con dicho precepto (artículo 49 CP).

En armonía, por expresa disposición constitucional, el régimen tarifario debe tener en cuenta “los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos [...]” (artículo 367 CP). Sumado a que “en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, **el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación**” [énfasis añadido]. En concordancia con lo cual, el constituyente autorizó, expresamente, que:

La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas **podrán conceder subsidios**, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios **que cubran sus necesidades básicas**. [Énfasis originales]. (Artículo 368). [Énfasis añadido].

378.

Explica la Sala: “cuando otros agentes no la emprendan con criterio empresarial y por iniciativa privada”. Sobre este punto recalca que “la historia del servicio público en Colombia ha evolucionado desde su concepción primigenia (que equiparaba la prestación de los servicios públicos como función exclusiva a cargo del Estado o función estatal) hasta constituirse en uno de los fines esenciales del Estado pero permitiendo la asunción de la tarea por los particulares”.

Para analizar el concepto, alcance y finalidad del principio de solidaridad, la Sala citó en este apartado la Sentencia C-580 de 1992, de conformidad con la cual la solidaridad implica considerar la “capacidad económica para establecer un régimen tarifario diferencial, que consulta una función redistributiva del costo de los servicios”. Así mismo, se alude a la Sentencia C-134 de 1993, en la cual se resaltó que la solidaridad es “un principio fundante, un valor y un deber que atraviesa todo el accionar estatal y el comportamiento de las personas (artículo 95.2 CP)”.

Ahora bien, para identificar el alcance puntual del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, en el concepto, primero, se citó el contenido del mismo, en el cual se observa que esta disposición establece las reglas para conceder subsidios; y, segundo, para identificar cuáles reglas solo son aplicables a los subsidios derivados de los aportes del Estado, se tuvo en cuenta como parámetro la Sentencia C-566 de 1995, mediante la cual la Corte Constitucional señaló que:

el subsidio es realizado de manera parcial, no total, como fruto de un “legítimo juicio de ponderación realizado por el Legislador”, la premisa de esta escogencia sigue la Corte, “consiste en limitar el monto del subsidio a un nivel que pueda sufragarse con cargo principal - entre otras fuentes - a los gravámenes que se imponen a los usuarios de los estratos altos.

Así entonces, en el concepto se indicó que son parámetros aplicables a todos los subsidios, aquellos consignados en el numeral 3, según la cual “[e]l reparto debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura”, en el numeral 5 (parcialmente), el cual dispone que “los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia”; los numerales 6, 7 y 9 (parcialmente) los cuales determinan que la asignación de subsidios solo a los usuarios de menores ingresos.

Como se observa, todos son criterios que propenden por apoyar a los sectores de menores ingresos, en el pago de las tarifas, en cuanto a lo necesario para solventar necesidades básicas. Criterios todos aplicables a la generalidad de los subsidios en el ámbito de los servicios públicos. En esa línea se indicó que “[e]l periodo de transición está concebido para realizar el ajuste o adecuación de los subsidios a las disposiciones de la ley 142 de 1994, esto es, para desmontar los sistemas que venían aplicándose en esta materia a fin de someterla a las disposiciones de la nueva ley. Por ello no es compatible con la previsión legal subsidiar costos en los consumos complementarios y suntuarios producidos con posterioridad a la expedición de la ley. Estos deben ser manejados y aplicados conforme las normas de la ley 142 y las que la modifican o adicionan”.

Existen diversas modalidades estructuradas para financiar o cubrir los subsidios, se habla de los subsidios implícitos (artículo 99.6); aquellos aplicables por el tarifario cruzado y el régimen tarifario directo<sup>379</sup>. Todas las modalidades se dirigen a sufragar el “consumo básico o de subsistencia” de los usuarios con menor capacidad económica, en estratos 1, 2, 3, “con la finalidad de cumplir los mandatos constitucionales”. En esa medida, en efecto, el “subsidio implícito” si debe considerarse, al igual que todos los subsidios otorgados, “para efectos de determinar los límites a que alude el artículo 99.6”.

En todo caso, la Ley 142 de 1994, artículos 86.2, 87.3, 99.5 y 99.6, establece que los subsidios únicamente están dirigidos a los estratos 1, 2 y 3, y están destinados a cubrir necesidades básicas, incluso, la última de las disposiciones referidas, establece que en ningún caso podrán exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. En este punto, se cita la Sentencia C-086 de 1998, en la cual se explica que los subsidios y recargos son mecanismos que permiten el acceso a los servicios públicos a favor de la población con recursos escasos. Se propende por “satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social”<sup>380</sup> [énfasis añadido]. En concordancia, en la providencia de la Corte se indica que, los subsidios “no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia”.

Ahora bien, en torno a la competencia de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y del Gobierno Nacional, en el concepto se puso de presente que, para la transición del sistema de subsidios anterior al vigente “desmonte de los subsidios”<sup>381</sup>, el Congreso de la República.

### 379.

Implícito: cuando el Estado realice aportes en bienes y/o derechos a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Tarifario cruzado: se presenta en el cobro adicional al costo del servicio que puede válidamente realizarse a los usuarios de estratos altos y a los usuarios industriales y comerciales, a fin de que apoyen, esto es, ayuden a pagar las tarifas de los servicios de los usuarios de estratos bajos. Tarifario directo: los entes territoriales conceden, en sus respectivos presupuestos, subsidios a las personas de menores ingresos para que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. En relación con los subsidios otorgados con apoyo en recursos de la Nación, en el concepto se cita la Sentencia C-068 de 1998, de conformidad con la cual: “la Constitución autoriza a la Nación, a los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, con el fin de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (artículo 368 de la Constitución), autorización que debe entenderse como una excepción a la prohibición de otorgar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas (artículo 355 de la Constitución). Se autoriza a la Nación y a las distintas entidades territoriales, para que, con recursos de sus presupuestos, asuman la diferencia entre lo que se les cobra a determinados usuarios por la prestación de un servicio público y su costo real (...)”.

### 380.

De acuerdo con esta providencia, “[a] través de la estratificación, se clasifica a la población según sus condiciones socio-económicas, a efectos de permitir que la redistribución del ingreso y el principio de solidaridad [se cumplan]”. Parámetro declarado exequible en la Sentencia C-257 de 1997, como instrumento legal para la clasificación de los usuarios de los servicios.

### 381.

En el proyecto, lo primero que se precisa es que el “desmonte de los subsidios”, en realidad, se trata de la adecuación del sistema anterior al determinado por la Ley 142 de 1994. “No se trata evidentemente de que las leyes hayan previsto que no se darán subsidios en lo sucesivo y que, por lo mismo, sea necesario suprimir o desmontar cualquier sistema de subsidios, pues tal disposición sería abiertamente inconstitucional” [Énfasis añadido]. Se trata de “adecuar la conformación de las tarifas a las disposiciones de la ley y de someter el otorgamiento de subsidios [...], a las regulaciones contempladas en el estatuto de los servicios públicos domiciliarios, para evitar que se extiendan subsidios a los consumos diferentes a aquellos denominados básicos o de subsistencia y se crucen las sobretarifas o factores entre diferentes servicios”.

estableció un plazo máximo y determinó que la Comisión de Regulación del sector tendría competencias “temporales”<sup>382</sup> para determinar la gradualidad o celeridad, los plazos y las condiciones con las cuales debían realizarse los ajustes.

De la Sentencia C-1162 de 2000, la Sala resaltó que, mediante esta providencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 14-18 y 69 de la Ley 142 de 1994, en el entendido de que la facultad “reguladora” asignada a las comisiones se debe ejercer solo para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (artículo 370 CP) y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República (artículos 211 C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994).

En la providencia, dicha Corporación hace énfasis en los límites de la facultad “regulatoria” de la Comisión así:

**Para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan solo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros. [énfasis añadido]**<sup>383</sup>

### 382.

El Legislador mediante el artículo 179 de la Ley 142 de 1994, estableció un tope máximo para la transición, inicialmente, de 24 meses. Posteriormente, la Ley 286 de 1996 extendió el periodo de transición hasta el 31 de diciembre de 2000, para los servicios de gas combustible y energía eléctrica; y hasta el 31 de diciembre de 2001, para los servicios de “agua potable, saneamiento básico y telefonía pública básica”. Al mismo tiempo, dispuso que: “las comisiones de regulación respectivas, determinar la gradualidad o celeridad con la cual debía realizarse el ajuste, en acto administrativo que debía expedirse antes del 30 de noviembre de 1.996.” [Énfasis del original]. Posteriormente, mediante la Ley 632 de 2000 “Por medio de la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1.994, 223 de 1.995 y 286 de 1.996” amplió el plazo del régimen de transición. Dispuso que: “para acueducto, alcantarillado y saneamiento básico, hasta diciembre 31 de 2005; para energía eléctrica, hasta diciembre 31 de 2001 y 2003, según se trate de empresas prestadoras en áreas interconectadas o no”.

Puntualmente, en torno a los servicios de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico, señaló que: “Las entidades prestadoras de estos servicios deberán alcanzar los límites establecidos en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994, en materia de subsidios, en el plazo, condiciones y celeridad que establezca, antes del 28 de febrero de 2001, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. En ningún caso el período de transición podrá exceder el 31 de diciembre de 2005 ni el desmonte de los subsidios realizarse en una proporción anual inferior a la quinta parte del desmonte total necesario.” [Énfasis añadido].

En cumplimiento de lo anterior, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento básico emitió las Resoluciones 151 y 153 de 2001.

### 383.

En todo caso, en la sentencia se indicó que:

La atribución a las comisiones de regulación de competencias no presidenciales no es per se inconstitucional. En efecto, en la sentencia C-066 de 1997, esta Corporación precisó, [...] que ‘no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe traslado de competencias del legislador al Presidente/Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad directamente atribuida del legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y la ley’.

En torno al Presidente de la República se señaló lo siguiente:

[S]egún la Constitución, al legislador le corresponde primigeniamente la tarea de regular los servicios públicos, y adicionalmente el artículo 370 de la misma establece que “corresponde al Presidente de la República señalar, **con sujeción a la ley**, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”.

[...] [L]a regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la **cumplida ejecución de las leyes** [énfasis añadido].

En razón de todas las consideraciones anteriores, la Sala señaló que: “si el Gobierno estima que aún no se ha cumplido el desmante en los servicios de acueducto y alcantarillado y que se requiere darle aplicación adecuada al plazo máximo señalado por la ley 632 de 2000, debe expedirse una norma con carácter legislativo que indique cómo se debe efectuar, pues están vencidos los plazos que se habían fijado por la ley 632 para que la CRA haga tal regulación”.

## 14.2. Derecho laboral

|   |  |                                    |   |
|---|--|------------------------------------|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>diputados. Falta temporal por secuestro. Llamamiento de los segundos renglones y procedencia del reconocimiento y pago de la remuneración.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministro del Interior, a solicitud del Presidente (e) de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Susana Montes de Echeverri</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>1431</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Mario Martínez</p> |
|---|--|------------------------------------|---|

### CONSULTA

1. ¿Está obligada la mesa directiva o la Presidencia de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, a declarar la vacancia temporal y por ende, llamar a los segundos renglones de cada uno de los diputados secuestrados para completar el número establecido por la ley, en virtud del secuestro de doce de sus miembros?
2. ¿Al encontrarse secuestrados los doce diputados de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, debe esta seguir cancelándoles el sueldo a ellos o a sus familiares o qué procedimiento debe seguir?

### RESPUESTA

1. Es un deber de la Presidencia de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca declarar la vacancia temporal de los escaños de los diputados retenidos forzosamente o secuestrados a fin de completar el número legal y, de esta forma, hacer efectivo el derecho a la representación popular como principio y derecho democrático de participación expresado en el derecho a elegir y a ser elegido y en el derecho a la representación efectiva.
2. La Asamblea Departamental del Valle del Cauca debe seguir pagándoles los salarios y prestaciones sociales a los doce diputados secuestrados por conducto de sus beneficiarios o familiares legalmente habilitados para ello, lo mismo que a aquellas personas que entren a reemplazarlos en el ejercicio del cargo de diputados mientras dure la vacancia temporal presentada por circunstancias de fuerza mayor.
3. La obligación nace a partir del día en que se produjo el secuestro y según los artículos 23 de la ley 282 de 1996, 2 y 5 del decreto 1923 del mismo año, el límite máximo para reconocer los salarios y prestaciones es igual al máximo del tiempo legal de sesiones de conformidad con la ley 617 de 2000 y naturalmente solo durante el periodo para el cual fueron elegidos, o al de la muerte si ella ocurre antes y, por supuesto, en el momento en que recobren su libertad y se reincorporen a sus actividades normales.

El pago habrá de efectuarse conforme a lo previsto en los artículos 3 y 4 del decreto 1923 de 1996 y demás normas concordantes, previa acreditación de la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 8 *ibidem*.

Cuando no existieren beneficiarios o ellos no se presentaren, deberán consignarse las sumas correspondientes a los salarios y prestaciones en la respectiva cuenta de nómina a nombre del servidor.

4. El ordenador del gasto deberá examinar si es necesario adoptar decisiones administrativas de carácter presupuestal dentro del marco constitucional y legal y de las disposiciones que sobre la materia rijan en el departamento del Valle del cauca.
5. Con todo, los beneficiarios de los derechos indicados podrán acudir a las acciones contempladas en la Constitución Política y la ley para buscar el reconocimiento y pago de sus derechos por la vía judicial.

## CONSIDERACIONES

La Sala considera que por estar plenamente de acuerdo con los pronunciamientos y estudios efectuados por la Corte Constitucional y la misma Sala de Consulta, los fundamentos allí expuestos son suficientes para dar su concepto en el caso de la situación laboral de los tdiiputados de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca. Por lo anterior pasó a transcribir *in extenso* dichos pronunciamientos:

La sentencia T-1331 de 2001 resalta los siguientes aspectos:

La Constitución menciona explícitamente en su artículo 133, que el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. Cuando por cualquier motivo no puede ejercer sus funciones, los ciudadanos a los cuales representa ven menguado el ejercicio del poder a través suyo, derecho que no desaparece con la votación (C-011/1994).

Así, para solucionar la indebida, ineficaz o inexistente representación, la suplencia de las vacantes y la revocatoria del mandato para ciudadanos elegidos a través del mecanismo del voto programático, surgió el artículo 134 Constitucional, (A. L. número 3 de diciembre 15 de 1993), dispuso que “las faltas absolutas o temporales de los miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral”.

Ahora bien, la Constitución ha previsto las causales que constituyen faltas absolutas o temporales para los casos concretos de los miembros del Congreso.

El artículo 261 modificado por el artículo 2 del Acto legislativo número 3 de 1993 dispone como faltas absolutas “Además de las establecidas por la ley; las que se causan por: Muerte; la renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la respectiva Corporación; la pérdida de la investidura; la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por autoridad judicial competente”.

La misma norma dispone como faltas temporales “[...] las causadas por: La suspensión del ejercicio de la investidura popular, en virtud de decisión judicial en firme; la licencia sin remuneración; la licencia por incapacidad certificada por médico oficial; la calamidad doméstica debidamente probada y la fuerza mayor” (subraya la Sala).

En las sentencias T-015 de 1995<sup>384</sup> y T-1634/00<sup>385</sup> la Corte Constitucional si consideró el secuestro como una causal de fuerza mayor, pues “coloca a la víctima del secuestro frente a un estado de indefensión, imposibilitándolo para expresar su voluntad, y por ende, para el cumplimiento de sus obligaciones laborales en relación con el patrono, en virtud de una situación que configura la fuerza mayor”.

Así, al analizarse la fuerza mayor en los términos del código civil, debe entenderse que quien se ve afectado de forma directa por esa situación excepcional no tiene por qué ver afectados sus derechos fundamentales (a la vida y al mínimo vital), muy a pesar que la necesidad de que su salario debe seguir siendo pagado. Se está ante una confrontación entre la responsabilidad de representación política que tiene la persona afectada por una situación de fuerza mayor, como es el secuestro y sus derechos fundamentales derivados del salario y prestaciones devengadas por su labor. Subsiste en cabeza del empleador la obligación de continuar con el pago del salario al trabajo sometido a una circunstancia de fuerza mayor

---

384.

M.P. Hernando Herrera Vergara

385.

M.P. Alejandro Martínez Caballero

|   |   |                                    |   |
|---|---|------------------------------------|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>DAS. Reconocimiento y pago de salarios y prestaciones a beneficiarios de empleados del DAS secuestrados por razones diferentes al servicio.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Flavio Augusto Rodríguez Arce</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>1413</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Mario Martínez</p> |
|---|---|------------------------------------|---|

## CONSULTA

1. ¿El Departamento Administrativo de Seguridad se encuentra legalmente facultado para cancelar los salarios y prestaciones a los beneficiarios de un funcionario que fue secuestrado, cuando dicho secuestro no obedeció a razones del servicio ni fue con ocasión de este? ¿Qué normatividad o qué criterios se deben aplicar para estos casos?
2. Si no hay lugar al pago de salario y prestaciones sociales del funcionario secuestrado en actividades fuera del servicio, ¿en qué situación administrativa se encuentra este?, ¿cómo debe proceder la entidad frente a la relación laboral?, ¿qué tiempo debe transcurrir para que en un momento dado se proceda a su retiro definitivo?
3. Si hay lugar al pago de salarios y prestaciones sociales del secuestrado en actividades fuera del servicio, ¿durante qué tiempo deberá efectuarse dicho pago?, ¿en qué porcentaje se efectúa el pago?, ¿qué requisitos deben presentar los beneficiarios para acreditar tal calidad?, ¿si no se reconocen beneficiarios, en dónde se depositan las sumas correspondientes?

## RESPUESTA

1. El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), está obligado a pagar los salarios y prestaciones a los beneficiarios de un servidor público secuestrado, en el evento de que el ilícito en mención no obedezca a razones del servicio ni se produzca con ocasión de este. La normatividad aplicable al efecto es la ley 282 de 1996 y el decreto 1923 del mismo año.
2. Aun cuando el servidor haya sido secuestrado en actividades por fuera del servicio, hay lugar al pago de los salarios y prestaciones a sus beneficiarios legales. Los regímenes especiales previstos en la ley que sobre la materia de la consulta estén vigentes para la protección de los servidores secuestrados por razones del servicio o con ocasión de este, quedan a salvo.
3. La obligación nace a partir del día en que se produjo el secuestro y según los artículos 23 de la ley 282 de 1996, 2 y 5 del decreto 1923 del mismo año, el límite máximo para reconocer los salarios y

prestaciones a los beneficiarios del empleado del DAS secuestrado en las condiciones anotadas, es de cinco (5) años, siempre que no haya sido liberado dentro de tal plazo, no se haya producido su muerte real o presunta o no exista cualquier otra causal legal de extinción de la relación laboral, como se explicó en la parte motiva.

El pago habrá de efectuarse conforme a lo previsto en los artículos 3 y 4 del decreto 1923 de 1996 y demás normas concordantes, previa acreditación de la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 8 *ibidem*.

Cuando no existieren beneficiarios o ellos no se presentaren, deberán consignarse las sumas correspondientes a los salarios y prestaciones en la respectiva cuenta de nómina a nombre del servidor.

Dentro del plazo de 5 años a que alude el inciso 2 del artículo 5 del decreto 1923 de 1996 procede el retiro definitivo cuando se compruebe cualquiera de las causales generales y especiales mencionadas en la parte motiva, las últimas reseñadas en forma enunciativa. También procede el retiro definitivo del servicio, aun estando en cautiverio el servidor, una vez vencido el plazo aludido.

Ahora bien, la condición de aseguramiento que ofrece el Decreto 1923 respecto al pago del salario aun cuando el trabajador no se encuentre cumpliendo con la labor a su cargo, ofrece un mayor de protección pues solo exige para su reclamación los requisitos de vinculación laboral —privada o pública— y de secuestro, con independencia de su origen y circunstancias, cuando prescribe que el objeto del seguro colectivo es “garantizar el pago de sus salarios y prestaciones sociales, por parte del patrono o empleador, a la persona que en el momento de ser víctima del secuestro, tenga vigente una relación contractual laboral administrativa o se encuentre vinculado como servidor público al Estado”.

## CONSIDERACIONES

La Sala considera que frente a los delitos que atentan contra la libertad individual, como el secuestro simple y el extorsivo, constituyen hechos repudiables y sancionados penalmente, lesiona a la sociedad y vulnera numerosos derechos fundamentales, tales como la libertad, la dignidad, la seguridad, la familia, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libre circulación, el derecho a la participación, por supuesto el derecho al trabajo, y pone en peligro el más valioso de los derechos: el de la vida: artículos 5, 12, 13, 15, 16, 21, 24, 25, 28, 40 y 42 de la Constitución Política<sup>386</sup>.

En el caso de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), el decreto 2146 de 1989, contentivo del régimen de administración de personal de los empleados dispuso en su artículo 46 que cuando dichos funcionarios fuesen secuestrados por razones del servicio o con ocasión del mismo, los beneficiarios tendrán derecho a percibir el 75% del salario y las prestaciones que le correspondan, y el 25% restante lo recibirá el empleado cuando sea puesto en libertad.

386.

Ver sentencias C- 069 de 1994 de la Corte Constitucional y del 2 de diciembre de 1998, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Bajo este precepto, es claro que no existe suspensión de la relación laboral a pesar de no encontrarse en el servicio activo, no se desempeñan las funciones o tareas propias del cargo. La justificación de este planteamiento jurídico encuentra su respaldo en la necesidad de privilegiar la efectiva protección de la relación laboral existente, soportando un tratamiento especial por razón del peligro que pesa sobre el servidor con motivo del ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, tanto la jurisprudencia como la doctrina han elaborado una teoría sustentada en la fuerza mayor que justifica que el trabajador secuestrado no preste sus servicios personales a pesar del riesgo propio, razón por la cual existe mayor responsabilidad del empleador, lo que implicaría la obligación de asumir este la totalidad del riesgo.

Aunado al planteamiento normativo hecho en el decreto citado, el decreto 1923 de 1996, desarrollan el principio de solidaridad el cual “impone al poder público una serie de deberes fundamentales para el logro de una verdadera y equitativa armonización de los derechos, pues ha sido invocado en nuestra Constitución como fundamento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas”.

Si bien en el contexto de este tipo de casos la regulación normativa existe, es importante señalar que la misma Corte Constitucional en sentencia de tutela T-015 de 1995, señaló que al interpretar el alcance de los derechos a la vida y a la subsistencia entre otros, debe tener en cuenta la importancia del salario como sustento del trabajador para atender en forma decorosa sus necesidades familiares y sociales, propias del núcleo en el cual convive, frente a una desaparición forzada que lo imposibilita para cumplir con sus obligaciones laborales.

Finalmente, esta limitación temporal en la garantía del pago del salario encuentra justificación en su límite en el tiempo tanto en el contexto jurídico laboral como civil: en efecto, en cuanto a lo primero observa la Sala que la función garantista limitada encuentra su fundamento en la necesidad de otorgar una protección laboral al secuestrado, para que pueda devengar y con su salario y prestaciones continúe con el sostenimiento familiar a su cargo, en los “términos” y con el alcance del inciso 2 del artículo 1 del decreto 1923 de 1996, pero por un tiempo razonable de 5 años —inciso 2 del artículo 1 *ibidem*—, a cuyo vencimiento es de esperar se haya restablecido ya la normalidad laboral. Así mismo, dicho plazo también coincide con el plazo mínimo de cinco (5) años previsto en la ley 282 de 1996, artículo 23, para recurrir a la “protección civil del ausente”, para que posteriormente pueda solicitarse y obtenerse la declaración judicial de ausencia y la designación de un guardador que actúe como su representante legal para todos los efectos, especialmente para la protección del patrimonio.

## 14.3. Derecho ambiental

|   |  |                                    |   |
|---|--|------------------------------------|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>bienes baldíos. Entidad competente para administrarlos cuando hacen parte del Sistema de Parques Nacionales Naturales</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministro del Medio Ambiente</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Augusto Trejos<br/>Jaramillo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>1101</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Mario Martínez</p> |
|---|--|------------------------------------|---|

### CONSULTA

¿De acuerdo con las disposiciones vigentes, a qué entidad corresponde la administración de las Islas del Rosario y en particular, la celebración de los contratos relativos a la administración de estos bienes, en la medida en que dichas islas tienen el carácter de baldíos reservados de la Nación, no son enajenables de acuerdo con el artículo 107 del Código Fiscal, y al mismo tiempo, salvo las expresamente mencionadas en el Parágrafo 1 del Acuerdo número 93 del 15 de diciembre de 1987 de la Junta Directiva del INDERENA, modificado por la Resolución número 1425 de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente, las mismas no forman parte del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo?”.

### RESPUESTA

En el manejo de las Islas del Rosario que no integran el Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo convergen distintas entidades. No obstante, la facultad de administrarlas —que incluye la celebración de convenios— corresponde al INCORA, en virtud de la calidad de baldíos reservados de la Nación que poseen tales islas, atribución esta que puede ser delegada en otro organismo de derecho público, para este caso el Ministerio del Medio Ambiente. La delegación, que deberá ser expresa y concreta, implicará que los convenios celebrados entre el Ministerio del Medio Ambiente y particulares, esté sujeta a las limitaciones de que se habla al final de la parte motiva.

### CONSIDERACIONES

La Sala hace un análisis normativo a nivel constitucional y legal. En su explicación constitucional señala de manera concreta, en el tema de medio ambiente que el Estado y las personas tienen, virtud del artículo 8 la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; el 58 (inciso 2) da a la propiedad una función social que implica obligaciones y, como tal, le asigna una función ecológica; el 79 garantiza para todas las personas el derecho a gozar de un ambiente sano, permite a la comunidad participar en las decisiones que puedan afectarlo, y señala como deber del Estado

proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines; el 80 determina que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Debe, además, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer sanciones legales, exigir reparación de los daños causados y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas; en su numeral 8 el artículo 95 tipifica como uno de los deberes de la persona y del ciudadano proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano. Especial mención requiere, para el prospecto de esta consulta, el artículo 63: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

En el marco del análisis normativo de carácter legal se indica que el artículo 45 del Código Fiscal (ley 110 de 1912), explica que se reputan como terrenos baldíos y por tanto de propiedad nacional “Las Islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio”.

Por otra parte, El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente (decreto 2811 de 1974), dispone en los artículos 327 y 328, que el sistema de parques nacionales es “el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías...” tales como “... parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora, santuario de fauna y vía parque”. De la anterior definición se deduce que los parques nacionales configuran un tipo específico de reserva, la que a su vez está constituida por diferentes clases de áreas con diversas destinaciones.

Ese mismo Código dispone en su artículo 330 que, de acuerdo con las condiciones del sistema, en los casos de parques nacionales, reservas naturales, áreas naturales únicas, santuarios de flora y santuarios de fauna, podrán determinarse zonas amortiguadoras en la periferia, con el fin de atenuar perturbaciones que pueda causar la acción humana. Y agrega que en esas zonas podrán imponerse restricciones y limitaciones al dominio.

Ahora es la ley 99 de 1993 la que dispone en su artículo 5 numerales 18 y 19 que es el Ministerio del Medio Ambiente quien tiene las funciones de reservar, alindar, sustraer y administrar las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, velar por la protección del patrimonio natural y la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica.

En este reparto de competencias en la gestión, administración y protección del medio ambiente y sus ecosistemas, la ley 160 de 1994, en el artículo 12, atribuyó al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) la facultad de administrar las tierras baldías de la Nación y en consecuencia adjudicarlas, celebrar contratos, constituir reservas y adelantar en ellas programas de colonización. Y esa misma ley en su artículo 67 establece la prohibición de adjudicar terrenos baldíos ubicados en zonas aledañas a Parques Nacionales Naturales, situación que es reiterada en el artículo 9. letra a) del decreto 2664 de 1994.

Así en este contexto de competencias institucionales en el marco de protección del medio ambiente y de terrenos, de diferente categoría, como lo son los denominados terrenos baldíos, es claro que el INCORA, en virtud del numeral 13 del artículo 12 de la ley 160 de 1994 es la encargada de la administración de tales terrenos.

Si bien se establece claramente cuál es la autoridad competente para administrar los terrenos baldíos, para la Sala resulta de gran preocupación el que, dentro de los anteriores criterios, considera de supremo interés para el país la conservación y la correcta administración de los parques nacionales incluidas las zonas amortiguadoras. Y observa con preocupación cómo, en contravía de los mandatos constitucionales, especialmente el del artículo 80 sobre conservación, restauración y sustitución de los recursos naturales, hay un ostensible descuido al respecto por parte de las autoridades nacionales encargadas de esos fines.

## 15.

# Recursos públicos, regalías, expropiación

|   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Regalías derivadas de las explotaciones de carbón, esmeraldas y metales preciosos.)</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Minas y Energía</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Gustavo Apon-<br/>te Santos</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>1750</p> <p><b>Fecha:</b><br/>15 de junio de<br/>2006</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia<br/>Flórez</p> |
|---|---|---|---|

## CONSULTA

1. "¿De acuerdo con la situación fáctica y económica explicada, cuál es el fundamento jurídico para determinar la naturaleza de los recursos consignados en las cuentas destinadas al recaudo de regalías, abiertas primero por Mineralco S.A. y Ecocarbón Ltda. y luego por Minercol Ltda., cuya causa de la consignación por lo explicado no se conoce en grado de certeza?
2. Si llegasen a ser considerados estos recursos como regalías:
  - ¿Cuáles, y con sujeción a qué criterio jurídico, serían los entes territoriales o incluso otros organismos de la Administración Pública del Estado los beneficiarios de estos recursos?
  - ¿Cómo y con qué criterio jurídico, se distribuirán estos recursos, es decir el total de las consignaciones y los respectivos rendimientos financieros?"

## RESPUESTA

1. “El fundamento jurídico para afirmar que los dineros consignados en las cuentas bancarias abiertas para el recaudo exclusivo de regalías, tienen esa naturaleza, es que ellos provienen de la explotación de recursos naturales no renovables, origen que los titulares del derecho de explotación reconocen cuando cumplen con el procedimiento de liquidación y pago por consignación previsto en las normas específicas de recaudo de dicha contraprestación. Por lo tanto, una vez agotado el procedimiento reglamentario, esos dineros ingresan al tesoro público bajo la naturaleza jurídica de regalías únicamente.
2. Es procedente que Minercol Ltda. en Liquidación entregue los mencionados recursos de regalías y sus rendimientos financieros, al Instituto Colombiano de Geología y Minería, Ingeominas, a fin de que este, fundado en el criterio jurídico de la aplicación de la norma general ante la inexistencia de norma específica, las distribuya entre las entidades mencionadas en los artículos 32, 35 y 36, respectivamente, de la ley 141 de 1994, modificada por la ley 756 de 2002.”

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

En primer lugar, es necesario señalar que la Carta Política de 1991 “constitucionalizó” el tema de las regalías, y si bien lo hizo en forma breve, consagró las disposiciones fundamentales, para dejar su desarrollo normativo a la ley.

La causa jurídica de las regalías reside básicamente, en la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, reconocida al Estado, por el artículo 332 de la Constitución, que dispone:

“Artículo 332. - El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

Por su parte, los artículos 360 y 361 de la Carta establecen el concepto de regalía y los beneficiarios de la misma, en la siguiente forma:

“Artículo 360. - La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones”

“Artículo 361. - Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un fondo nacional de regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales” (Destaca la Sala).

Como se advierte, la regalía constituye claramente una contraprestación económica que se debe pagar por la explotación de un recurso natural no renovable, como son los minerales y los hidrocarburos.”

“Las regalías son ingresos públicos y si bien la Corte Constitucional señaló en una ocasión (Sentencia C-541/99), que su naturaleza no es tributaria, pues no son producto del poder impositivo del Estado, sino que consisten en una contraprestación a cargo de quien explota un recurso, en otra oportunidad, la Corte sostuvo que “las regalías constituyen un recurso tributario del Estado del orden nacional que este deriva por su condición de propietario del subsuelo y en general de los recursos no renovables, cuyo pago está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar tales recursos (Sentencia C-722/99).”

“Son rentas del Estado y como ha dicho la misma Corte, en la sentencia C-251 de 2003: “El artículo 332 superior establece que ‘el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables’. Esta expresión, y en particular la palabra ‘Estado’ contenida en ella, puede ser interpretada de maneras diferentes. Por ejemplo, es posible concluir que dicha norma se refiere exclusivamente a las entidades territoriales, o por el contrario, que es atinente únicamente a las autoridades del nivel central. Esta cuestión, ya ha sido resuelta por la Corte Constitucional, quien en su jurisprudencia ha establecido que el artículo 332 se refiere al Estado como a un “ente que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales”.

“Así las cosas, la Corte ha precisado, mediante la sentencia C-128 de 1998, que “las regalías tienen 2 destinaciones: la Nación y las entidades territoriales: las de las entidades territoriales, a su vez, provienen de dos vías: directamente y a través del Fondo Nacional de Regalías (art. 361)”.

“Las regalías, conforme se anotó, se establecen en el Código vigente, como una contraprestación obligatoria generada por toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal y consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado en boca de mina y pagadero en dinero o en especie (art. 227) y los cánones superficarios constituyen una contraprestación que se cobra por la entidad contratante sin consideración a quien tenga la propiedad o posesión de los terrenos de ubicación del contrato, sobre la totalidad del área de las concesiones durante la exploración, montaje y construcción o sobre las extensiones que el contratista retenga para explorar durante el periodo de explotación (art. 230).”

“Ahora bien, de acuerdo con el análisis normativo se aprecia que las consignaciones efectuadas en las cuentas bancarias, abiertas primero por Ecocarbón S.A. y Mineralco S.A. y luego por Minercol Ltda., corresponden a pagos de regalías mineras y no por otros conceptos, como serían los cánones superficarios, las participaciones, los impuestos específicos o las compensaciones”

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Financiamiento de partidos y movimientos políticos. Asignación de apropiaciones presupuestales.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Hacienda y Crédito Público</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Flavio Augusto Rodríguez Arce</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 1683</p> <p><b>Fecha:</b><br/>27 de octubre de 2005</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|--|---|--|---|

## CONSULTA

“¿De acuerdo con lo señalado en el párrafo del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003 se tendrían que asignar las apropiaciones que, según los argumentos por ellos expuestos, solicitan los Partidos y Movimientos Políticos; o por el contrario con los recursos presupuestados anualmente ya señalados se cumplen con lo dispuesto por la Constitución Política?”.

## RESPUESTA

“Conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2003 — que sustituyó el artículo 109 de la Constitución Política — la cifra que debe tomarse como base para aplicar el factor de 2.7, allí previsto es la de \$7.957.153.977, monto total aportado en el año 2003 para la financiación de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“La Resolución número 1493 del Consejo Nacional Electoral fijó el monto de la financiación de los partidos para el año 2003 [...] Es de precisar que la anterior resolución fue expedida el 11 de marzo de 2003, bajo el amparo del artículo 109 de la Constitución originario y en vigencia del artículo 12 de la ley 130 de 1994, es decir, antes de la expedición del Acto Legislativo número 01 de 2003, que lo modificó.

Ahora bien, como el monto de las apropiaciones destinadas a la financiación de los partidos en vigencia de la ley 130 de 1994 ha dado lugar a diferentes interpretaciones y el objeto de la consulta es determinar la cuantía de lo aportado en el 2003 para aplicarle el factor del 2.7, resulta evidente la interrelación de la interpretación del artículo 12 ibidem con los alcances del párrafo del artículo 3 del Acto Legislativo número 01 de 2003”,

a) En la Constitución Política la percepción de ingresos públicos y la realización de gastos con recursos públicos se encuentran sujetos a un ordenamiento específico de carácter presupuestal, informado por varios principios, entre ellos el de incorporación al presupuesto, conforme al cual no puede percibirse contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacerse erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos. Es así como no pueden incluirse

en el presupuesto gastos públicos que no hayan sido decretados previamente en el orden nacional por el Congreso, ni transferirse crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto (art. 345). En el presente caso, se trata de un gasto público — la financiación de los partidos políticos —, que había sido previsto por el legislador en desarrollo de normas constitucionales — art. 109 de la C. P. y ley 130 de 1994, art. 12.— y a partir del Acto Legislativo número 1 de 2003, consagrado directamente en la Constitución.

b) La Carta prevé la regulación del presupuesto por ley orgánica - con la fuerza normativa que le es propia — de las materias correspondientes a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos — decreto 111 de 1996 —, el cual desarrolla, entre otros, los principios presupuestales de: anualidad — conforme al cual después del 31 de diciembre no pueden asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal correspondiente, de manera que los saldos apropiación no afectados por compromisos caducan sin excepción (art. 14)— y de universalidad, en desarrollo del cual ninguna autoridad puede efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al tesoro o transferir crédito alguno, que no figure en el presupuesto ( art. 15 )”.

|  |  |   |   |
|--|--|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Auxilios en efectivo y en servicios.<br/>Viabilidad constitucional y legal para su otorgamiento.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Augusto Trejos<br/>Jaramillo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 1420</p> <p><b>Fecha:</b><br/>4 de julio de 2002</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia<br/>Flórez</p> |
|--|--|---|---|

## CONSULTA

1. “¿Es ajustado a la Constitución Política el otorgamiento de auxilios en efectivo y en servicios, tal como se consagraron en el Plan de Desarrollo para ejecutar el programa ‘Familias educadoras’?”
2. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿cuál de las 2 alternativas propuestas por la Administración Distrital, resultaría más viable desde el punto de vista jurídico?”.

## RESPUESTA

1. “Los auxilios en efectivo y en servicios a que alude el programa “Familias Educadoras” del Plan de Desarrollo de Bogotá, se adecuan a las disposiciones de la Carta que permiten los subsidios y ayudas económicas por parte del Estado, cuando las mismas obedecen a imperativos constitucionales relacionados con los deberes sociales a su cargo, de conformidad con lo expresado en la parte considerativa de esta consulta.
2. Como ya se expuso, las 2 alternativas propuestas para ejecutar el programa “Familias Educadoras” son viables jurídicamente, bajo las modalidades señaladas en las conclusiones de la presente consulta”

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“La Constitución Nacional establece dentro de los fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta.

Señala como derechos fundamentales de los niños, entre otros, el de la educación y atribuye a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

Consagra que “la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social”, que de ella son responsables la familia, la sociedad y el Estado, y a este corresponde “garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”.

Prescribe, igualmente, que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que este debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes [...]”.

“Si bien la Carta prohíbe a las ramas u órganos del Estado conceder auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, existen situaciones que no pueden considerarse violatorias del anterior postulado, como las que se originan cuando el Estado concede a particulares subsidios, estímulos económicos o incentivos, en cumplimiento de deberes o principios de orden constitucional, necesarios para realizar una de sus finalidades esenciales” [para este argumento, cita la sentencia C-372 de 1994]

|  |  |   |   |
|--|--|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Subvención a la industria aérea. Alcances del artículo 1863 del Código de Comercio.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Transporte</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Augusto Trejos Jaramillo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 1407</p> <p><b>Fecha:</b><br/>23 de mayo de 2002</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|--|--|---|---|

## CONSULTA

1. ¿Siendo el Transporte Aéreo un servicio público esencial, puede el Gobierno Nacional subvencionar a las empresas prestadoras del servicio público de transporte aéreo?
2. ¿De ser posible lo anterior, cuáles serían las modalidades de subvención que podría utilizar el Gobierno Nacional para esos efectos y cuáles los términos y condiciones que serían compatibles con el ordenamiento jurídico Colombiano?
3. ¿Entre los mecanismos disponibles, ¿podría el Gobierno Nacional, en aplicación del artículo 1863 del Código de Comercio, asumir los mayores costos generados por los ataques terroristas del 11 de septiembre en los seguros de responsabilidad civil frente a terceros por riesgos de guerra o terrorismo u ofrecer el cubrimiento requerido a los prestadores del servicio público esencial de transporte aéreo?

## RESPUESTA

1. “El Gobierno Nacional puede subvencionar a las empresas prestadoras del servicio público de transporte aéreo del Estado, pero no a las privadas, por existir en la actual Constitución Nacional norma que prohíbe expresamente al Gobierno decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, tal como se expuso en la parte considerativa de la consulta.
2. y 3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1863 del Código de Comercio, compete al Gobierno fijar los términos, condiciones y modalidades de la subvención que conceda a la industria, en este caso, a las empresas del Estado prestadoras del servicio público de transporte aéreo”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“Advierte la misma norma [artículo 355 de la Constitución Política] que el Gobierno en sus distintos niveles podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.

En el Título XII, capítulo 5 “De la finalidad del Estado y de los servicios públicos”, establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, al cual corresponde asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio. Señala igualmente, que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico fijado por la ley y que podrán ser prestados directamente por el Estado o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares. En el artículo 368 prevé la posibilidad de subsidiar a las personas de menores ingresos [...]”.

“La Constitución Nacional prohíbe en forma expresa, por una parte, que el Congreso otorgue a favor de personas o entidades, donaciones, auxilios, indemnizaciones u otras erogaciones, con el objeto de satisfacer créditos o derechos que no estén reconocidos por la ley; por otra, que las ramas del poder público decreten auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. En este último caso, da la posibilidad de que el Gobierno, en sus distintos niveles, pueda celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea impulsar programas de interés público contemplados en los Planes Nacional o Seccional de Desarrollo, situación esta que fue reglamentada mediante los decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993.”.

“En criterio de la Sala, no es dado considerar que por el hecho de que sea el transporte aéreo un servicio público esencial, y por ende inherente a la finalidad social del Estado, tenga que ser sujeto de auxilio o subsidio por parte del Gobierno, como sí ocurre a manera de ejemplo, con los servicios de salud y saneamiento ambiental.

“Diferente es que, al tenor del artículo 365 constitucional, el Estado tenga la obligación de regular, controlar y vigilar los servicios públicos, los cuales en términos generales pueden ser prestados por este o por los particulares. Hoy en día, el transporte aéreo es atendido en Colombia por empresas particulares. Satena - Servicio Aéreo a Territorios Nacionales, es Empresa Industrial y comercial del Estado, regida por las normas legales pertinentes.

Respecto de las situaciones de excepción previstas en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, conviene señalar que estas han sido ampliadas por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos sobre el tema, pero siempre sobre la base de que los subsidios o auxilios concedidos tengan un ‘fundamento constitucional expreso’ que los haga viables”.

“Debe indicarse que sobre el artículo 1.863 del Código de Comercio no ha habido pronunciamiento de la Corte Constitucional, respecto de su constitucionalidad. No obstante, como quiera que en la Constitución de 1991 existe regla directamente aplicable que prohíbe al Gobierno conceder auxilios o donaciones a las personas naturales o jurídicas de derecho privado, procede en el asunto consultado la inaplicabilidad parcial del texto, en relación con las empresas privadas prestadoras del servicio público de transporte aéreo, por resultar la referida norma incompatible con el mandato superior contenido en el inciso primero del artículo 355 y por no hallarse la situación que se analiza dentro de los casos de excepción señalados en el inciso segundo *ibidem* y en las disposiciones que lo reglamentan”.

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Revisión del proyecto de decreto por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, sobre comunidades negras.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Hacienda</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Javier Henao<br/>Hidrón</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 800</p> <p><b>Fecha:</b><br/>13 de mayo de 1996</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|--|---|--|---|

## CONSULTA

El Ministro de Hacienda solicitó a la Sala de Consulta del Consejo de Estado que se pronuncie sobre el proyecto de decreto por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, sobre comunidades negras, a objeto de tener certeza sobre la constitucionalidad y legalidad del mismo”.

El artículo 40 dispone:

Artículo 40. El Gobierno destinará las partidas presupuestales para garantizar mayores oportunidades de acceso a la educación superior a los miembros de las comunidades negras.

Así mismo, diseñará mecanismos de fomento para la capacitación técnica, tecnológica y superior, con destino a las comunidades negras en los distintos niveles de capacitación. Para este efecto se creará, entre otros, un fondo especial de becas para educación superior, administrado por el Icetex, destinado a estudiantes en las comunidades negras de escasos recursos y que se destaquen por su desempeño académico.

## RESPUESTA

“La Sala considera que el proyecto de decreto por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, es no solo viable jurídicamente, sino que, con los ajustes sugeridos y otros que se estimen útiles o necesarios, resultará renovador para un grupo étnico que está llamado a encontrar en la capacitación técnica, tecnológica y universitaria, el más sólido fundamento de su progreso”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“La Ley 70 de 1993, por consiguiente, fue expedida con el objeto de reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, el derecho a la propiedad colectiva; e igualmente, con el propósito de establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el de fomentar su desarrollo económico y social.

“La finalidad de la ley consiste, entonces, en garantizar que las comunidades negras obtengan condiciones reales y justas frente al resto de la sociedad colombiana.

En tal sentido, la finalidad última de la ley sobre comunidades negras coincide con los propósitos del constituyente”.

“La Sala encuentra concordantes los artículos 7 y 13 de la Constitución con el 55 transitorio, los cuales han servido de fundamento para la expedición de la Ley 70 de 1993, destinada a crear condiciones equitativas en relación con uno de los grupos étnicos que demanda el apoyo y la especial protección del Estado”.

“Concretamente en relación con la política de fomento en favor de comunidades étnicas discriminadas o marginadas, la Constitución (art. 13) no solamente admite la aplicación del principio de igualdad de oportunidades sino, también, la adopción de un trato preferente, pues sin este, aquel derecho podría verse desvirtuado en la realidad”.

\*Se cita la sentencia T 288 de 1995

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Consulta del Departamento Nacional de Planeación relacionada con los artículos 26 y 42 de la ley 60 de 1993.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Departamento Nacional de Planeación</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Humberto Mora Osejo</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 651</p> <p><b>Fecha:</b><br/>15 de noviembre de 1994</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|--|---|---|---|

## CONSULTA

1. “Durante el periodo de transición de que trata el artículo 26 de la Ley 60 de 1993, para efectos de definir el volumen concreto de las transferencias, los porcentajes de participación que corresponden a los municipios de menos de 50.000 habitantes (5%) y a los municipios ribereños del Río Grande la Magdalena (1.5%), deben ser definidos sobre el valor total de la participación, o sobre la suma resultante de restar de ese valor total de la participación la transferencia básica?”
2. “La suma que debe girarse a la Federación Colombiana de Municipios conforme al artículo 42. de la Ley 60 de 1.993, es equivalente al 0,0001% del valor total de la participación o únicamente del valor que de esta corresponde a los municipios y distritos?”.

## RESPUESTA

1. El periodo de transición está regulado por el artículo 26 de la ley 60 de 1993. Pero, en cuanto prescribe que está comprendido entre 1994 y 1998, inclusive, contraría el artículo 145 transitorio de la Constitución que lo señala en 3 años, desde 1993, inclusive. Por tanto, de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, se debe inaplicar, en cuanto a este aspecto, la norma legal y preferir la de carácter constitucional.  
  
En consecuencia, para todos los efectos legales, el periodo de transición, según el artículo 45 transitorio de la Constitución, es de 3 años, contado desde 1993, inclusive.
2. En todo lo demás, durante el periodo de transición, se debe aplicar el artículo 26 de la ley 60 de 1993.
3. De este modo, el 5% y el 1,5% correspondientes, en su orden, a las participaciones de los municipios con menos de 50.000 habitantes y de los ubicados en la ribera del Río Grande de la Magdalena, de acuerdo con el artículo 26 de la ley 60 de 1993 (que tiene carácter transitorio), debe determinarse así:
  - Primeramente es preciso deducir la “participación básica”, para todos los municipios del país, prescrita por el artículo 26, numeral 1, de la ley 60 de 1993.
  - Luego, del remanente, según el artículo 26, numeral 2, de la ley 60 de 1993, tomar el 5% y el 1,5% con destino a los municipios de menos de 50.000 habitantes y a los municipios ribereños del Río Grande de la Magdalena, respectivamente.

4. El artículo 42 de la ley 60 de 1993, que prescribe una participación para la Federación Colombiana de Municipios, no puede ser cumplido, por encontrarse en oposición a los artículos 355 y 357 de la Constitución”.

### CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

1. “El artículo 357 de la Constitución establece la participación directa de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y defiere a la ley determinar el porcentaje mínimo de participación y las áreas prioritarias de inversión social en que deban invertirse los correspondientes recursos; además dispone que los resguardos indígenas, para los efectos de la participación, se deben considerar como municipios”.

“El artículo 21 de la ley 60 de 1993, en desarrollo del artículo 357 de la Constitución, establece las áreas prioritarias de inversión social que deben atender los municipios con los recursos que obtengan de la participación en los ingresos corrientes de la Nación. Además, el artículo 24 *ibidem* dispone que “la participación de los municipios en el presupuesto general de la Nación para inversión en los sectores sociales tendrá un valor igual al 15% de los ingresos corrientes de la Nación en 1994 y se incrementará en un punto porcentual cada año hasta alcanzar el 22% en el año 2001”. También prescribe que “los ingresos corrientes de la Nación que servirán de base para el cálculo de las participaciones de los municipios, según los artículos 357 y 358 constitucionales, estarán constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios”, que “no formarán parte de esta base de cálculo los recursos del fondo nacional de regalías, los definidos en la ley 6a. de 1992 por el artículo 19 como exclusivos de la Nación”.

“La misma disposición ordena que antes de aplicar la fórmula (distribución sobre el 60% y 40% de la participación), el 1.5% del total de la participación se debe distribuir entre los municipios cuyos territorios limiten con el Río Grande de la Magdalena, en proporción directa a la extensión de ribera de cada municipio. Esta norma tiene como fundamento el artículo 331 de la Constitución que dispone que la ley determinará la organización y fuentes de financiación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena “y definirá en favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación”.

“En relación con los resguardos indígenas, el artículo 357 de la Constitución los asimila a municipios para que puedan participar en la distribución de los ingresos corrientes de la Nación”.

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Consulta sobre la constitucionalidad de los aportes del INDERENA al Fondo de Empleados del Inderena CORVINDE.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio Agricultura</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Javier Henao<br/>Hidrón</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 504</p> <p><b>Fecha:</b><br/>22 de abril de 1993</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|--|---|---|---|

## CONSULTA

1. “¿Podría el INDERENA continuar girando al Fondo de empleados CORVINDE, los aportes establecidos en la Resolución número 733 del 4 de agosto de 1972 y en los Estatutos del Fondo, en la medida que dichos aportes no constituyen auxilio o donación y sí se enmarcan en alguna de las excepciones del artículo 2. del Decreto 777 de 1992?”
2. En caso contrario, sería aplicable a los aportes del INDERENA a CORVINDE, la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 355 de la Constitución de 1991”.

## RESPUESTA

1. “No es jurídicamente viable que el INDERENA - continúe girando al Fondo de Empleados CORVINDE, los aportes establecidos “en la Resolución número 733 de 4 de agosto de 1972 y en los Estatutos del Fondo”, por cuanto ellos constituyen auxilio o donación.  
  
Dichos aportes tampoco se enmarcan en ninguna de las previsiones del art. 2. del decreto 777 de 1992. CORVINDE es una entidad sin ánimo de lucro y de derecho privado que recibe los aportes con la finalidad de incrementar su patrimonio y de este modo estar en condiciones de cumplir en forma más eficiente los objetivos determinados en sus propias normas estatutarias.
2. Ciertamente es aplicable a los aportes del INDERENA a CORVINDE, tal como están concebidos, la prohibición establecida en el inciso primero del art. 355 de la Constitución vigente desde el 7 de julio de 1991.  
  
Además, el INDERENA como establecimiento público Nacional no puede celebrar los contratos de prestación de servicios de que trata el numeral 2. del art. 355 de la Constitución”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“Como consecuencia del descrédito generalizado a que habían llegado los llamados “auxilios parlamentarios” y su réplica en asambleas departamentales y concejos municipales, pues a menudo eran utilizados con fines meramente político-partidistas, la Asamblea Nacional Constituyente reaccionó de manera vigorosa al prescribir en el inciso primero del art. 355 de la Constitución que ella misma expidió el 4 de julio de 1991:

Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”.

“En desarrollo de la facultad conferida, el Gobierno Nacional expidió el decreto 777 de 1992, “por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del art. 355 de la Constitución Política”. En el art. 2., el decreto reglamentario considera que de su ámbito de aplicación están excluidos estos 4 casos:

Los contratos que las entidades públicas celebren con entidades sin ánimo de lucro y que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, de modo que podrían celebrarse con personas privadas sin ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes; las transferencias del presupuesto público a favor de personas de derecho privado, en cumplimiento de un mandato legal y para que desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación está a cargo del Estado; las apropiaciones presupuestadas decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas y en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública; y las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución. Este último asunto lo refiere a los arts. 43, 44, 46, 50, 368 y transitorios 13 y 46, los cuales tratan respectivamente de los siguientes aspectos: la especial asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto y al apoyo especial a la mujer cabeza de familia; la protección a los niños y el derecho a “la alimentación equilibrada”; la garantía de los servicios de seguridad social y el subsidio alimentario en caso de indigencia, por parte del Estado, a las personas de la tercera edad; la atención gratuita a todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, en las instituciones de salud “que reciban aportes del Estado”; el subsidio a personas de menores ingresos para que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas; la reinserción de grupos guerrilleros desmovilizados y la financiación de proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población por medio de un fondo de solidaridad y emergencia social.

“De manera que ninguna corporación o autoridad pública puede, conforme al precepto constitucional del inciso primero del art. 355, decretar auxilios, o donaciones, es decir, ni hacer un auxilio con dineros del Erario ni celebrar contrato alguno que implique la donación de bienes o fondos públicos, en ambos casos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”.

## 16.

# Recursos públicos, regalías, expropiación

|  |  |  |   |
|--|--|--|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>sobre la instalación de la Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, la cual fue creada por la Ley 1833 del 4 de mayo de 2011</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p>   | <p><b>C.P.:</b><br/>Edgar González López</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2349</p> <p><b>Fecha:</b><br/>17 de julio de 2017</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
| <p><b>CONSULTA</b></p>   |  |  |   |
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. “¿El Congreso de la República debe instalar la mesa directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana el próximo 20 de julio de 2017, fecha en la cual se inicia la legislatura 2018 - 2019 (sic, es 2017 - 2018), aplicando el principio consagrado en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887?”</li> <li>2. ¿El Congreso de la República debe instalar la mesa directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana instalar (sic) el 20 de julio de 2018, fecha en la cual inicia un nuevo periodo constitucional?”</li> </ol> |  |  |   |

## RESPUESTA

“El 20 de julio de 2017, fecha en la cual se inicia la legislatura 2017-2018, y el 20 de julio de 2018, fecha en la cual se inicia un nuevo periodo constitucional del Congreso y comienza la legislatura 2018-2019, el Congreso de la República debe integrar la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana y esta debe elegir la Mesa Directiva de la misma, de conformidad con los artículos 2, 4, 5, numeral 7, y 7 de la Ley 1833 de 2017”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

\*La Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana tiene fundamento constitucional:

“La Constitución Política de 1991 en el artículo 142 estableció la existencia de Comisiones Constitucionales Permanentes en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, las cuales son elegidas por cada corporación para el respectivo periodo constitucional, con la finalidad de tramitar en primer debate los proyectos de acto legislativo o de ley”.

\*Sobre el artículo 7 de la Ley 1833, en el que se establece la Mesa Directiva de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana, la Sala consideró:

“Resulta oportuno observar que este artículo tiene el carácter de norma orgánica, pues hace parte del articulado de la mencionada ley, la cual, conforme quedó dicho, siguió el trámite de ley orgánica en el Congreso, y si bien no implica una reforma o adición expresa a la Ley Orgánica 5ª de 1992, constituye una norma orgánica por su naturaleza, conforme al artículo 151 de la Carta, ya que se refiere a un tema propio del reglamento del Congreso”.

“En síntesis en cuanto a eventuales incongruencias o contradicciones entre las disposiciones contenidas en la Ley 1833 de 2017, la Sala encuentra que no existen respecto de los artículos 2 y 7 y por tanto, el Congreso puede hacer la integración de la Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana y esta la elección de su Mesa Directiva, el 20 de julio de 2017”.

|  |   |   |   |
|--|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Comunidades negras. Derecho de propiedad colectiva.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Gustavo Aponte Santos</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 1768</p> <p><b>Fecha:</b><br/>24 de agosto de 2006</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|--|---|---|---|

## CONSULTA

1. “Este Despacho considera de suma importancia conocer la apreciación de esa Corporación respecto de los derechos de propiedad particular salvaguardados por la Ley 70 de 1993 en su artículo 6 literal e, en particular se requiere establecer si la interpretación de dicha ley implica que tales derechos de propiedad son:
  - Aquellos constituidos con anterioridad a la adjudicación del título colectivo de propiedad a las comunidades negras sobre un predio en concreto, limitado y alinderado mediante Acto Administrativo emanado por la autoridad competente, o
  - Únicamente los títulos constituidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 70 de 1993, esto es, antes del 7 (sic, es el 31) de agosto de 1993.
2. Este Despacho requiere el concepto de esa Alta Corporación a fin de establecer si los ocupantes de tierras ubicadas en la cuenca del Pacífico<sup>2</sup> que hayan sido objeto de adjudicación por parte del INCORA o del INCODER a comunidades negras deben ser declarados poseedores de mala fe a partir de cuál momento.
3. El texto de la Ley 70 de 1993 limita la facultad de adjudicar tierras por parte del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico (art. 2) a poblaciones diferentes de las comunidades negras? En otras palabras, en el concepto de esa Corporación, el INCODER se encuentra limitado para adjudicar bienes baldíos ubicados en la cuenca del Pacífico a otro tipo de población objeto de reforma agraria diferente de las comunidades negras? (p. ej. Población campesina, desplazada o reinsertada).
4. Deben las comunidades negras que pretendan ser objeto de titulación colectiva demostrar ante el INCODER que han venido ocupando de manera ancestral las tierras pretendidas en adjudicación y que las han venido explotando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción?
5. El derecho de las comunidades negras a acceder a la propiedad colectiva de los terrenos baldíos ubicados en la cuenca del Pacífico prevalece sobre aquellos derechos que pudieran derivarse de la ocupación de los mismos terrenos por parte de personas no pertenecientes a la comunidad negra, siempre que esta ocupación fuere anterior a la Constitución Política de 1991 y/o a la Ley 70 de 1993?”.

## RESPUESTA

1. “Los derechos de propiedad particular sobre los predios, salvaguardados por el literal e del artículo 6 de la ley 70 de 1993, son los inscritos en las correspondientes Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, con anterioridad a la fecha de vencimiento del plazo de fijación en lista de la solicitud de titulación colectiva a favor de las comunidades negras.
2. Respecto de los ocupantes no pertenecientes a las comunidades negras, de tierras baldías ubicadas en zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, que hayan sido adjudicadas por parte del INCORA o del INCODER a dichas comunidades, es preciso distinguir:
  - Si la ocupación empezó con anterioridad a la fecha de ejecutoria del acto administrativo de adjudicación, se presume que tales ocupantes son de buena fe, y en consecuencia, se les debe reconocer el valor de las mejoras, salvo que se desvirtúe la presunción mediante la demostración de que su ocupación es violenta o clandestina, caso en el cual son poseedores de mala fe y carecen del derecho a reclamar el valor de las mejoras que hayan realizado en los predios.
  - Si la ocupación empezó con posterioridad a la fecha de ejecutoria del acto administrativo de adjudicación, tales ocupantes se consideran siempre como poseedores de mala fe, de conformidad con el artículo 15 de la ley 70 de 1993, y por ende, no se encuentran legitimados para solicitar la restitución del valor de las mejoras útiles efectuadas.
3. Respecto de las tierras baldías rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, hay que distinguir:
  - En relación con las que han venido siendo ocupadas y explotadas por las comunidades negras, conforme a sus prácticas tradicionales de producción, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) solamente puede adjudicarlas en propiedad colectiva a dichas comunidades negras.
  - En relación con las que no han sido ocupadas y explotadas ancestralmente por las comunidades negras, sino por personas distintas, el INCODER puede adjudicarlas a estas, de acuerdo con la legislación de baldíos.
4. Las comunidades negras beneficiarias demostrarán ante el INCODER la ocupación de las tierras baldías, dentro del trámite para su adjudicación en propiedad colectiva, mediante la información sobre “Antecedentes etnohistóricos” y “Prácticas tradicionales de producción” que deben presentar con la solicitud, de acuerdo con los literales b y d del artículo 9 de la ley 70 de 1993, y la visita que se debe realizar en el lugar, conforme al artículo 10 de la misma.
5. El derecho de las comunidades negras a acceder a la propiedad colectiva de las tierras baldías en zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, ocupadas y explotadas por ellas, según sus prácticas tradicionales de producción, prevalece sobre el hecho de su ocupación, con anterioridad a la fecha de ejecutoria del acto administrativo de adjudicación de la propiedad colectiva, por personas no pertenecientes a dichas comunidades. Con respecto a estas personas, se debe aplicar lo dicho en la respuesta 2 - a”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

\*Protección constitucional de los grupos étnicos

“La Constitución Política de 1991 quiso proteger a las diferentes etnias que hacen parte de la Nación colombiana, con sus costumbres y tradiciones lingüísticas y culturales, y reconocerles a determinados grupos, como los indígenas y las negritudes, ciertos derechos que les permitieran un eficaz desarrollo económico y social, para superar la situación de marginalidad que han sufrido a lo largo de la historia.

En este tema, la Carta del 91 avanzó frente a la Constitución anterior, al incorporar diversas normas sobre los grupos étnicos que los reconocen como sujetos de derecho protegidos especialmente, los cuales deben ser integrados a la sociedad colombiana, pero respetando su identidad cultural propia”.

(se cita la sentencia de la Corte Constitucional: C - 139 de 1996)

\*Sobre el mandato de la Constitución al Congreso para expedir una ley de reconocimiento del derecho de propiedad colectiva a las comunidades negras

“El artículo transitorio 55 de la Constitución quiso proteger efectivamente a las comunidades negras, ordenándole al Congreso nacional expedir una ley que les reconociera la propiedad colectiva de los territorios donde tradicionalmente se han asentado en el país.

Como se advierte, la Constitución instituyó el derecho a la propiedad colectiva en beneficio de unas comunidades negras específicas, y dio un mandato al Congreso para dictar una ley que les reconociera tal derecho, de acuerdo con los requisitos establecidos. Es claro, entonces, que esa norma constitucional, a partir de su vigencia, ‘reservó’ las tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, para adjudicarlas a las comunidades negras que las venían ocupando y explotando tradicionalmente. En otras palabras, el constituyente definió que las mencionadas tierras tienen una destinación específica, que las hace inadjudicables a personas o grupos sociales diferentes a las comunidades negras contempladas en el artículo 55 T”.

\*Las definiciones legales que delimitan el derecho a la propiedad colectiva.

“La Sala destaca que tanto la Constitución como la ley consideran como hecho definitorio del derecho a la propiedad colectiva la ocupación colectiva de la tierra, que como la norma señala, consiste en el asentamiento histórico y ancestral de las comunidades en esas regiones para su uso colectivo, entendiendo por asentamiento, el hecho de haberse establecido en dichas zonas, las cuales, por el transcurso del tiempo y el arraigo, se convierten en su ‘hábitat’, es decir, en el ‘conjunto local de condiciones geofísicas en que se desarrolla la vida de una especie’, en este caso de una comunidad”.

\*Distinción entre las tierras baldías ocupadas y las no ocupadas por las comunidades negras.

“Es necesario precisar, sin embargo, que esa especie de ‘reserva territorial’ creada por la Constitución a favor de las comunidades negras, no ampara a todas las tierras baldías rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, sino solamente a aquellas que hayan sido ocupadas y explotadas de tiempo atrás por esas comunidades pues es el hecho de la ocupación inveterada y el aprovechamiento económico, lo que da lugar al reconocimiento del derecho de propiedad colectiva.

Las tierras baldías de dicha cuenca no ocupadas por las comunidades negras siguen el régimen general de adjudicación de baldíos, conforme a la ley 160 de 1994 y demás normas concordantes”.

- “Sobre las tierras que han venido siendo ocupadas y explotadas por las comunidades negras, conforme a sus prácticas tradicionales de producción, demarcadas por la ley 70, surge, en virtud del artículo 55-T de la Constitución, el derecho a la adjudicación de la propiedad colectiva a favor de dichas comunidades, de manera exclusiva<sup>6</sup>. Tal derecho colectivo viene a ser una clase de bien reservado por la norma constitucional a un conjunto poblacional, cuya efectividad jurídica específica se obtiene mediante la expedición de actos administrativos de carácter constitutivo”.
- “Las tierras que no han sido ocupadas y explotadas ancestralmente por las comunidades negras, son susceptibles de ocupación por personas distintas, por ejemplo, campesinos, desplazados o reinsertados, quienes pueden ser beneficiadas con la adjudicación, de conformidad con la legislación general sobre baldíos. La misma ley 70 establece en el artículo 13, que las tierras aledañas ‘que continúen siendo del dominio del Estado’, deberán someterse a las servidumbres necesarias para los terrenos adjudicados en propiedad colectiva a las comunidades negras, y viceversa, con lo cual reconoce dominio diferente en las tierras no ocupadas por esas comunidades”.

\*El ocupante de tierras adjudicadas a las comunidades negras, no pertenece a estas

- “En el caso bajo estudio, si los ocupantes anteriores a la ejecutoria del acto administrativo de adjudicación a la comunidad negra han realizado dicha acción de manera violenta o clandestina, aspecto que se discutirá en el trámite de adjudicación, debe considerárseles de mala fe y por tanto, perderán el derecho al valor de las mejoras.
- Si la ocupación por parte de personas ajenas a la comunidad empezó con posterioridad a la fecha de ejecutoria del acto administrativo de adjudicación, tales ocupantes deben considerarse siempre como poseedores de mala fe por expresa calificación del artículo 15 de la ley 70 de 1993 y, por ende, no se encuentran habilitados legalmente para solicitar el pago del valor de las mejoras útiles efectuadas”.

\*El derecho constitucional a la propiedad colectiva se reconoce únicamente a las comunidades negras

“La Sala considera que el tenor literal de la norma constitucional, artículo 55 - T, es claro al ordenar que la ley debía reconocer el derecho de propiedad colectiva sobre tales tierras, únicamente a las comunidades negras que llenaran los requisitos allí previstos. Esta conclusión aparece plenamente ratificada por la disposición del artículo 18 de la ley 70, atrás mencionada.

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

|   |   |  |   |
|---|---|--|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>comunidades negras de la cuenca del Pacífico y similares. Protección Especial. Inscripción de organizaciones de base de comunidades negras ubicadas en las zonas urbanas.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior y de Justicia</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Gustavo Apon-<br/>te Santos</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 1754</p> <p><b>Fecha:</b><br/>13 de julio de<br/>2006</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia<br/>Flórez</p> |
|---|---|--|---|

## CONSULTA

1. “A la luz del decreto 2248 de 1995, ¿pueden inscribirse en el Registro Único Nacional de organizaciones de base de comunidades negras, las ubicadas en las zonas urbanas o en otras zonas del país que no hayan venido ocupando tierras baldías en zonas ribereñas?
2. Si la respuesta al anterior interrogante fuere negativa, teniendo en cuenta lo establecido en la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de marzo de 2004, si las organizaciones de base de comunidades negras del Distrito Capital y de otras zonas del país que no han venido ocupando tierras baldías en zonas rurales ribereñas se han inscrito en el Registro Único Nacional de organizaciones de base de comunidades negras, al amparo del decreto 2248 de 1995, ¿mediante qué mecanismo se pueden dejar sin efecto dichas inscripciones, así como las consecuencias que tal registro conlleva, como por ejemplo, el derecho a formar parte de la Comisión Consultiva de Alto Nivel?
3. De conformidad con el artículo transitorio 55 de la Constitución Política y la ley 70 de 1993, ¿la Comisión Consultiva de Alto Nivel puede estar integrada por representantes de organizaciones de base de comunidades negras, ubicadas en zonas urbanas, o en otras zonas del país que no hayan venido ocupando tierras baldías en zonas rurales ribereñas?
4. Conforme a lo dispuesto en la segunda parte del artículo 1 de la ley 70 de 1993, según el cual la ley también tiene por objeto “establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras en Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades con el resto de la sociedad colombiana”, ¿podríamos entender que las organizaciones de base de comunidades negras, ubicadas en las zonas urbanas o en otras zonas del país que no hayan venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas, pueden ser inscritas en el Registro Único Nacional de organizaciones de base de comunidades negras, o cuál sería el alcance del citado precepto?”

## RESPUESTA

“1- 2- 3 y 4.- La Sala conceptúa que el problema jurídico sobre la inscripción en el registro y sus efectos pueden solucionarse por la vía reglamentaria, creando un registro exclusivo para los Consejos Comunitarios, como únicas organizaciones de base de estirpe legal y beneficiarias de los derechos estatuidos en el artículo 55 Transitorio y en la ley 70 de 1993. A este registro se trasladarían las inscripciones vigentes de los Consejos Comunitarios y las nuevas, si acaso se presentan. Así las cosas, el registro actual puede conservarse y surtir sus efectos como base de datos para certificar la existencia de las organizaciones, limitándolo a los derechos que para las comunidades negras (urbanas y rurales) en general, concedan leyes diferentes a la ley 70 y los programas de acciones afirmativas.

Esta solución evita apelar al mecanismo de la revocatoria de los actos administrativos de inscripción o a demandar la nulidad de esos actos.

El derecho a formar parte de la Comisión Consultiva de Alto Nivel y demás instancias creadas por la ley 70 de 1993, se circunscribe a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales de las riberas de los ríos de la cuenca del Pacífico y las zonas del país que presenten similares condiciones, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Por lo tanto, las llamadas organizaciones de base de comunidades negras del Distrito Capital y de otras zonas del país, que no cumplan con los anteriores requisitos no podrían formar parte de dicha comisión. Si es ese el caso, se sugiere modificar el artículo 1 del decreto 2248 de 1995”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“Sobre los derechos de los grupos étnicos, la ponencia presentada por el delegatario Francisco Rojas Birry ante la Asamblea Nacional Constituyente, da cuenta de que uno de los objetivos trazados con el artículo 55 transitorio de la Constitución Política fue la reivindicación de la comunidad negra que posee una cultura e identidad propia, a través del reconocimiento del derecho de propiedad colectiva sobre los territorios ocupados en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales y en zonas que presenten condiciones similares”.

“La lectura del artículo transitorio en comento y de sus antecedentes permiten a la Sala confirmar que los efectos jurídicos que se derivan del reconocimiento de la propiedad colectiva a favor de la comunidad negra, entre los cuales se cuenta el derecho a participar en defensa de sus intereses, y su hábitat, tiene un destinatario específico que son las comunidades negras ubicadas en regiones o zonas que cumplen con los requisitos previstos en el artículo 55 transitorio de la C”.

“Para la Sala es claro que esta conclusión no elimina ni hace nugatorios los derechos de los demás grupos afrocolombianos, puesto que esos derechos están previstos en normas constitucionales diferentes al artículo 55 transitorio.

En el mismo sentido la Corte Constitucional en el fallo de tutela T-422 de 1996, precisó que el resto de la población negra que vive en las zonas urbanas puede ser objeto de medidas de protección general que adopten la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la C.P”.

“Ahora bien, dado que una de las preguntas indaga si la segunda parte del inciso bajo estudio cobija también a comunidades negras diferentes a las ocupantes de las zonas rurales ribereñas descritas atrás, es necesario decir, que la interpretación más ajustada a la norma es la que otorga carácter restrictivo al texto en razón a que las protecciones constitucionales específicas, como la del artículo 55 transitorio, son excepcionales, y por tanto, no le es dado al interprete ampliar su radio de acción ni su contenido. Obsérvese igualmente, que, como se verá enseguida, es la misma ley 70 la que define que, para sus efectos, por “comunidades negras” se entienden las que tienen las características anotadas. Valga de nuevo reiterar, que la población negra no contemplada en la ley 70 es susceptible de todas las demás acciones afirmativas que otras leyes o programas de Gobierno les otorguen, dentro de la protección genérica a la diversidad étnica y cultural.

Por último, en este capítulo hay que destacar también, que aquellas comunidades negras que hayan ocupado tradicionalmente otras tierras baldías rurales diferentes a la cuenca del Pacífico, en los términos y requisitos de la ley, también están cobijados por ella”.

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

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>representación de las comunidades negras ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Medio Ambiente</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>César Hoyos Salazar</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 1288</p> <p><b>Fecha:</b><br/>10 de agosto del 2000</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|--|---|--|---|

## CONSULTA

1. “Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 70 de 1993, ¿la adjudicación de propiedad colectiva a las comunidades negras es el único requisito que debe tenerse en cuenta para que estas comunidades puedan elegir su representante ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales?”
2. En caso afirmativo, ¿los Consejos Comunitarios que se hayan creado para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables son los únicos legitimados para entrar a elegir el representante de las comunidades negras?”
3. El artículo 3 del Decreto 1745 de 1995, deja a discrecionalidad de las comunidades negras, el constituirse o no en Consejos Comunitarios mientras que el artículo 5 de la Ley 70 de 1993 lo hace imperativo. ¿Las comunidades negras a quienes se les haya adjudicado o vaya a adjudicar propiedad colectiva, que no se hayan constituido en Consejo Comunitario, pueden elegir su representante ante el Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional?”
4. Cuando no se haya adjudicado propiedad colectiva pero se encuentre en trámite de solicitud en este sentido ante el INCORA, ¿basta la previa verificación ante este instituto por la respectiva Corporación Autónoma Regional, que la comunidad cumple los requisitos exigidos por la Ley 70 de 1993 para que puedan participar en la elección de su representante?”
5. En aquellos eventos en que existan organizaciones de comunidades negras que no son sujeto de propiedad colectiva porque no están ubicadas en tierras susceptibles de adjudicación (por ejemplo, Costa Atlántica y Norte de Cauca), o en el caso de modalidades de organización urbana (las culturales o las de género), ¿tienen derecho a participar en la elección de los representantes de las citadas comunidades sin que con ello se esté vulnerando el derecho fundamental a la igualdad, derecho que reclaman algunos Consejos Comunitarios constituidos para los fines previstos en el artículo 5 de la Ley 70 de 1993?”

## RESPUESTA

1. “La adjudicación de propiedad colectiva a las comunidades negras no es requisito esencial para que estas comunidades puedan elegir su representante ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales. Tanto el artículo 56 de la ley 70, como el literal f del artículo 26 de la ley 99 de 1993, se refieren a un representante de las comunidades o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de la respectiva Corporación, no a un representante de los Consejos Comunitarios.
2. Las comunidades negras tradicionalmente asentadas en los territorios de las respectivas Corporaciones Autónomas Regionales son las legitimadas para elegir el representante de estas ante los consejos directivos, bien sea que hayan constituido, o no, Consejos Comunitarios para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables. La elección se hará en los términos que defina el reglamento que expida el Gobierno Nacional (art. 56 ley 70/93).
3. Remítase a lo dicho en la respuesta anterior.
4. Cuando no se haya adjudicado propiedad colectiva pero se encuentre en trámite solicitud en este sentido ante el INCORA, deberá cumplirse con lo que establezca el reglamento que expida el Gobierno Nacional.
5. Las organizaciones de comunidades negras que, por no estar tradicionalmente asentadas en tierras baldías de zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico o por no estar ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción tierras ubicadas en las áreas de que trata el inciso segundo del artículo 1 de la ley 70 de 1993, no son sujetos de adjudicación de la propiedad colectiva, no tienen derecho a participar en la elección de los representantes de las citadas comunidades en los consejos directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales con jurisdicción sobre las áreas ocupadas”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

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

Finalmente, las organizaciones de comunidades negras que no son sujeto de propiedad colectiva porque no están ubicadas en tierras susceptibles de adjudicación, así como las modalidades de organización urbana (las culturales o las de género), no son las titulares del derecho a participar en la elección de los representantes de las citadas comunidades en los consejos directivos de las Corporaciones, establecido en las leyes 70 de 1993 y 99 de 1993, de conformidad con el artículo transitorio 55 de la Constitución. Esto no vulnera el derecho fundamental a la igualdad, porque este, según reiterada jurisprudencia constitucional, se predica entre iguales y no entre desiguales. Las comunidades negras de que trata el artículo transitorio 55 de la Constitución, y la ley 70 de 1993, son aquellas que han venido ocupando tierras baldías en zonas rurales ribereñas demarcadas en la ley. Por consiguiente, las demás comunidades negras que no reúnan los mencionados requisitos son diferentes de aquellas”.

## 17.

# Marco Regulatorio de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

|   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Aplicación a procedimiento de elección de Magistrado de la Comisión de Disciplina judicial.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio del Interior</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Germán Alberto Bula Escobar</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2400</p> <p><b>Fecha:</b><br/>9 de octubre de 2018</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia Flórez</p> |
|---|---|---|---|

## CONSULTA

“Con ocasión de la expedición de la Ley 1904 de 2018 y, concretamente, con la analogía prevista en el párrafo transitorio de su artículo 12, ¿es jurídicamente viable aplicar el procedimiento de elección allí previsto para conformar las ternas que deben elaborar, tanto el presidente de la República como el Consejo Superior de la Judicatura, para elegir los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? En caso contrario, ¿la norma aplicable continúa siendo el artículo 254 Superior original?”.

## RESPUESTA

“Las fases necesarias para la elaboración de las ternas que deben ser presentadas por el presidente de la República y por el Consejo Superior de la Judicatura, dentro del proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, deben ser llevadas a cabo dando aplicación a la analogía dispuesta en el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018. De conformidad con los términos expuestos en este concepto, dicha analogía debe ser realizada únicamente respecto de los elementos normativos que puedan ser trasladados de manera adecuada a la escogencia de los integrantes de la Comisión.

En consecuencia, por las razones oportunamente señaladas, no es procedente la aplicación de la versión original del artículo 254 de la Constitución Política de 1991”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“La improcedencia de aplicar el artículo 254 original de la Constitución de 1991 para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es asunto que encuentra su fundamentación en el concepto 2378 del 18 de junio de 2018.

Estudiado nuevamente el punto, encuentra la Sala conveniente agregar las siguientes consideraciones adicionales:

- La Comisión Nacional de Disciplina Judicial
  - La existencia jurídica de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no es discutible aun cuando no esté integrada y no haya iniciado el ejercicio de la función para la cual fue creada.
  - El inciso segundo del artículo 257 A constitucional, es una norma vigente.
  - El inciso segundo del artículo 257 A constitucional regula el número de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el mecanismo para su elección.

Sin perjuicio del desarrollo legal que, en virtud del inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, encontró necesario la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, la norma constitucional claramente señala el procedimiento para la elección:

- Una convocatoria pública reglada, para que el Consejo Superior de la Judicatura, entendido en la redacción del artículo 254 vigente adoptada en la Sentencia C-285-16, integre 4 ternas;
- Una convocatoria pública reglada, para que el Presidente de la República integre 3 ternas;
- Elección por el Congreso de la República con base en las ternas que le sean remitidas por las autoridades mencionadas.
- Además de la claridad de las etapas del proceso de elección y de las autoridades competentes para la conformación de las ternas y la elección en cada caso, también observa la Sala que más allá del tipo de norma que reglamente la convocatoria pública, es indiscutible que la voluntad del constituyente secundario fue exigir que las ternas sean resultado de una convocatoria pública.

Tal exigencia no estaba contemplada para la integración de las ternas en el artículo 254, inciso segundo, original de la Constitución de 1991 como se repasa a continuación.

**En conclusión:**

El artículo 254 original de la Constitución de 1991 está derogado y la aplicación del numeral segundo del mismo solo es jurídicamente sostenible respecto de la institución a la que dicha norma regulaba.

Con el criterio expresado por la Sala Plena de esta corporación, el artículo 257A de la Constitución es una norma que carece de eficacia jurídica directa. Por tanto, requiere desarrollo normativo, del cual únicamente se puede ocupar el Congreso de la República debido a que el texto constitucional no encomienda la regulación de este procedimiento a ninguna autoridad diferente. De ahí que corresponda al legislador asumir este encargo, pues así lo establece la cláusula general de competencia contenida en el artículo 150 superior.

En consecuencia, las mencionadas autoridades que toman parte en este proceso se encuentran llamadas a dar aplicación a los principios, criterios y directrices que sean homologables, de manera que el proceso de integración de las ternas sea realizado de conformidad con los requisitos establecidos en los artículos 126, 257A y demás normas constitucionales pertinentes.

Naturalmente, al dar aplicación analógica a los preceptos de la Ley 1904 de 2018, las autoridades públicas —el presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura— deberán excluir aquellas disposiciones que, por su naturaleza, no pueden ser transpuestas a la elección de los miembros de la Comisión.

Por último, en lo que se refiere al proceso de elección que realiza el Congreso de la República, la Sala considera pertinente señalar que, sin perjuicio de que el ejercicio de esta competencia es *discrecional*, debe en todo caso respetar los mandatos de la Constitución, entre los que se destaca la obligación de atender los principios vertidos en el inciso 4 del artículo 126 superior, a saber: los postulados de ‘publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección’”.

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Convocatoria reglada.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Justicia y del Derecho</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Germán<br/>Alberto Bula<br/>Escobar</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2378</p> <p><b>Fecha:</b><br/>18 de junio de<br/>2018</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia<br/>Flórez</p> |
|--|---|--|---|

## CONSULTA

“¿Afecta el equilibrio de poderes y el diseño institucional de la Constitución Política que los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúen en el ejercicio de sus funciones pese al cumplimiento de su periodo constitucional?

Considerando que los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debían ser elegidos en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2015 y el 1 de julio de 2016 y que a la fecha no existe el procedimiento para la elección de las ternas, ¿es posible que los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria sean removidos de sus cargos en cumplimiento de su periodo constitucional o estar en provisionalidad?

En el evento en que se genere la vacancia en el cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, ¿qué procedimiento debe surtir para proveer dicho cargo?”.

## RESPUESTA

“¿Afecta el equilibrio de poderes y el diseño institucional de la Constitución Política que los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúen en el ejercicio de sus funciones pese al cumplimiento de su periodo constitucional?

Conforme se explicó, la Constitución Política consagra que todos los altos cargos en las ramas del poder público y en los demás órganos del Estado tienen periodos fijos y en su mayoría no son reelegibles, lo que excluye la posibilidad de que tales periodos se amplíen de facto, o que sus titulares permanezcan indefinidamente en el ejercicio de las respectivas funciones.

Dentro de este marco constitucional, la extensión de la permanencia en el cargo de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015, esto es, el 1 de julio tiempo de sus respectivos periodos, debe entenderse únicamente bajo la observancia de las limitantes que estructuraron tal extensión como un mecanismo de transición.

El conjunto de situaciones en virtud de las cuales las previsiones del constituyente derivado han quedado desdibujadas y, por ende, afectan la constitucionalidad de la extensión de la permanencia en los cargos, no significa a priori que afecte el equilibrio de poderes. No obstante, su continuidad podría llegar a afectar tal equilibrio, en tanto y en cuanto se permitiría un privilegio personal dentro de unas reglas constitucionales que lo excluyen.

Considerando que los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debían ser elegidos en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2015 y el 1 de julio de 2016 y que a la fecha no existe el procedimiento para la elección de las ternas, ¿es posible que los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria sean removidos de sus cargos en cumplimiento de su periodo constitucional o estar en provisionalidad?”.

La respuesta a esta pregunta se incorpora en la respuesta a la pregunta siguiente.

En el evento en que se genere la vacancia en el cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, ¿qué procedimiento debe surtir para proveer dicho cargo?

El Acto Legislativo 2 de 2015 suprimió la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al derogar tácitamente las normas constitucionales que la regulaban, y crear una nueva institución llamada a ejercer sus funciones. Sin embargo, al mismo tiempo sostuvo la vigencia transitoria de dicha sala para garantizar la continuidad de sus funciones, porque si bien el mecanismo de transición adoptado fue la permanencia de los magistrados que la integraban, jurídicamente el ejercicio de tales funciones es corporativo y no individual.

En consecuencia, la provisión de los empleos que integran dicha Sala procede con aplicación del régimen constitucional y legal originalmente previsto para tal efecto, esto es, el artículo 254 inciso segundo original de la Constitución de 1991, el cual, si bien no forma parte hoy en día del texto constitucional, continúa produciendo efectos jurídicos, en virtud de la permanencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en los términos y por las razones explicadas en este concepto.

Además, por razón de la necesaria aplicación ultractiva de la norma constitucional en cita, debe entenderse vigente el artículo 76, numeral 2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y las disposiciones del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) que se refieren a este mismo asunto.

De manera que, en criterio de la Sala, es procedente que el Congreso de la República provea en propiedad todos los cargos de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, previa integración de las ternas correspondientes por el presidente de la República, conforme a las normas citadas. Todo el proceso que haya de finalizar con la designación de cada uno de los nuevos magistrados a que hubiere lugar, deberá ser explícito en lo que respecta a la condición resolutoria que pende sobre su duración, a saber, la efectiva conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“En Colombia, varias disposiciones de la Carta Política de 1991 son la fuente del principio de supremacía de la Constitución: (i) el artículo 3 conforme al cual la soberanía reside exclusivamente en el pueblo y de este emana el poder público que debe ejercerse en los términos establecidos en la propia Constitución; (ii) el artículo 4 en el que se establece que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales; (iii) el artículo 120 según el cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Además, varios artículos de la parte orgánica crean órganos y mecanismos que hacen efectiva dicha supremacía.

El principio de legalidad prescribe que las autoridades deben someter sus actuaciones y actividades al imperio de la ley, esto es, que su proceder debe estar de acuerdo con el orden jurídico existente.

La independencia para el ejercicio de las funciones propias, como mecanismo de control, y la colaboración para la eficacia de la acción estatal, son vistos como esenciales en las concepciones democráticas del poder.

La Constitución y la ley cumplen el rol de establecer las funciones del poder público: legislativa, jurisdiccional y ejecutiva o administrativa, además de otras funciones como las de control, por ejemplo, y la de delimitar el poder dado a los funcionarios y a los organismos estatales, de manera rigurosa y precisa.

Con relación a la Rama Judicial, el Acto Legislativo 2 de 2015 introdujo reformas en materia de instituciones y competencias consistentes, básicamente, en (i) suprimir el Consejo Superior de la Judicatura integrado por las Salas Administrativa y Disciplinaria y en su lugar establecer un órgano de Gobierno judicial; y (ii) dar autonomía a la función disciplinar mediante la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Para el tránsito entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la reforma constitucional incluyó un mecanismo de transición”

“Como se aprecia, el tiempo requerido para la transición se estimó en un plazo algo mayor a un año —contada la elección y la posesión de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial—. Ese lapso fue considerado por el constituyente derivado como un tiempo suficiente para que la nueva institución iniciara sus actividades y a la vez, era un plazo razonable para extender la permanencia de los magistrados más allá del respectivo periodo de 8 años, sin modificar dicho periodo, sin que se generara una situación de estabilidad indefinida y sin que se configurara un fuero de inamovilidad.

En cuanto a la constitucionalidad del mecanismo de transición, en el concepto 2327 la Sala recogió apartes de la sentencia C-373-16 en la cual la Corte Constitucional reiteró con insistencia la temporalidad de la norma que hacía posible la transición entre los órganos mencionados y recaló la naturaleza instrumental de la misma, todo en el marco de la continuidad de la función.

Y fue sobre esas consideraciones conceptuales, precisamente, que la Corte declaró exequible el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, del cual forma parte el párrafo transitorio en cuestión, sin perjuicio de que para la fecha de la sentencia (julio 13) ya estuviera vencido el supradicho plazo”

“Se observa, sin mayor esfuerzo, que en la Constitución colombiana todos los altos funcionarios que conforman la cúspide de las ramas del poder público, los órganos autónomos y los órganos de control, tienen un periodo delimitado.

Justamente para preservar y garantizar el equilibrio de los poderes públicos, que atiende al principio democrático de los “pesos y contrapesos”, o del control recíproco entre las diferentes ramas y órganos del Estado, es que el Acto Legislativo 2 de 2015 prohibió expresamente la reelección del presidente de la República (artículos 3 y 9), del vicepresidente de la República (artículos 3 y 10), del Contralor General de la República (artículo 22)<sup>29</sup>, del Registrador Nacional del Estado Civil (artículo 26) y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (artículo 26).

Nótese que fijar el periodo de los más altos dignatarios del Estado es un asunto que la Constitución, o bien se ha reservado, o bien ha deferido expresamente al legislador, de allí que —como ya se dijo— sea una materia constitucionalmente sensible que debe ser analizada con celo.

Es por tal reserva y por su trascendencia que cuando el constituyente derivado, en el Acto Legislativo 2 de 2015, optó por ampliar la permanencia en los cargos como el mecanismo de transición entre las instituciones encargadas de la función disciplinar dentro de la Rama Judicial, inequívocamente lo creó fijándole sus limitantes en la propia norma transitoria, de las cuales deriva su constitucionalidad”.

“En la sentencia C-373-16, la Corte analizó y decidió de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, y a lo largo de su argumentación —como ya se citó en el punto anterior— puso de presente por lo menos 2 aspectos de especial relevancia:

- la necesaria preservación de la continuidad de las funciones disciplinarias y de definición de conflictos de competencia entre las jurisdicciones; y
- la extensión de la permanencia de “los actuales magistrados” como instrumento de transición, pero limitada en el tiempo, con la clara intención de evitar la configuración de privilegios personales”.

“Con independencia del plazo de un año fijado en el párrafo transitorio del artículo 19 en comento, tanto la sentencia C-373-16 como el concepto 2327, recogieron la existencia y vigencia de un grupo de cargos públicos —los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria— destinados a continuar en ejercicio de las señaladas funciones.

En el pronunciamiento de la Corte Constitucional, se alude varias veces a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, no obstante la consideración de su derogatoria tácita.

En síntesis, la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no ha significado su supresión definitiva. Si así fuera, no podría cumplirse el mandato del mismo Acto Legislativo 2 de 2015 en cuanto a la continuidad del ejercicio de las funciones de la Sala, puesto que tales funciones son corporativas y no individuales”.

“No pasa inadvertido a la Sala que el Gobierno Nacional, el Congreso de la República y el Consejo Superior de la Judicatura tienen el deber constitucional y, por lo mismo, inexcusable, de realizar todas las actuaciones y adoptar todas las decisiones que se requieran para lograr, en el menor tiempo posible, la efectiva conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, mediante la elección y posesión de sus dignatarios. Este deber implica, en primer lugar, según lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, preparar, presentar y tramitar el proyecto de ley estatutaria que debe desarrollar el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2015, para establecer el procedimiento y las reglas necesarias para efectuar la convocatoria pública, la selección y la presentación de las ternas necesarias para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

La voluntad del constituyente derivado, recogida en el actual artículo 257 A de la Constitución, en el sentido de crear un órgano autónomo dentro de la Rama Judicial encargado de la disciplina de los funcionarios y empleados judiciales y de los abogados, en aras de mejorar el servicio público de la justicia, exige adoptar, por parte de las autoridades competentes y sin ninguna dilación, las medidas urgentes y eficaces que garanticen el propósito buscado con la creación de la mencionada Comisión”.

|  |   |  |   |
|--|---|--|---|
| <p><b>Asunto</b><br/>Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Convocatoria reglada.</p> <p><b>Entidad consultante:</b><br/>Ministerio de Justicia y del Derecho</p> | <p><b>C.P.:</b><br/>Germán<br/>Alberto Bula<br/>Escobar</p> | <p><b>Radicación:</b><br/>Núm. 2327</p> <p><b>Fecha:</b><br/>24 de abril de 2017</p> | <p><b>Elaboró:</b><br/>Cynthia<br/>Flórez</p> |
|--|---|--|---|

## CONSULTA

1. “El señor Ministro de Justicia y del Derecho consulta a esta Sala sobre los efectos que podrían tener, en la continuidad de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, las decisiones judiciales que suspendieron provisionalmente el proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial creada en el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015.  
¿Hasta cuándo pueden ejercer sus funciones los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria?”
2. Si ya culminó su periodo de 8 años, ¿pueden los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuar ejerciendo el cargo?
3. Vencido el plazo para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, establecido en el párrafo transitorio del artículo 257, ¿los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria pueden y deben continuar ejerciendo sus funciones? En caso de que se conceptúe en el sentido de que el periodo de los actuales magistrados culminó y por ende no pueden continuar ejerciendo sus funciones, ¿cuándo se debe declarar y proveer la vacante definitiva?
4. ¿Quién es la autoridad competente para declarar y proveer las vacantes temporales y definitivas que se presenten por parte de los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional?
5. ¿Debe el Presidente de la República proceder a conformar nuevas ternas para elegir nuevos magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en caso de que se conceptúe en sentido de que el periodo de los actuales culminó y por tanto deben abandonar sus cargos?”

## RESPUESTA

1. “¿Hasta cuándo pueden ejercer sus funciones los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria?  
Con base en el párrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución Política, quienes desempeñen el cargo de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con posterioridad al 1 de julio de 2015, pueden ejercer sus funciones “hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”, sin perjuicio de las causales de retiro del servicio establecidas en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996.
2. Si ya culminó su periodo de 8 años, ¿pueden los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuar ejerciendo el cargo?

Sí. De conformidad con la respuesta a la pregunta anterior, que tiene fundamento en lo determinado por el párrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución Política.

3. Vencido el plazo para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, establecido en el párrafo transitorio del artículo 257, ¿los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria pueden y deben continuar ejerciendo sus funciones? En caso de que se conceptúe en el sentido de que el periodo de los actuales magistrados culminó y por ende no pueden continuar ejerciendo sus funciones, ¿cuándo se debe declarar y proveer la vacante definitiva?

Los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1 de julio de 2015 tienen, en principio, el deber de continuar en ejercicio de sus cargos, en virtud del mandato del párrafo transitorio del artículo 257 A constitucional.

La segunda hipótesis de la pregunta no aplica.

4. ¿Quién es la autoridad competente para declarar y proveer las vacantes temporales y definitivas que se presenten por parte de los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional?

De acuerdo con el artículo 77 de la Ley 270 de 1996, las vacantes temporales pueden ser provistas por la misma Sala.

Las vacantes definitivas deben ser provistas por el nominador. Sin embargo, en el caso consultado debe tenerse presente que, en la medida en que se trata de cargos que perdieron su vocación de permanencia pues están llamados a desaparecer con la posesión de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, cualquier vacante que pueda presentarse se asimila a una vacante temporal.

5. ¿Debe el presidente de la República proceder a conformar nuevas ternas para elegir nuevos magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en caso de que se conceptúe en sentido de que el periodo de los actuales culminó y por tanto deben abandonar sus cargos?

Vistas las respuestas ofrecidas, debe tenerse como negada la hipótesis en la que se basa esta pregunta”.

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES

“La Corte Constitucional ha decidido de fondo sobre demandas interpuestas contra la totalidad o parte del articulado del Acto Legislativo 2 de 2015. Uno de los efectos de tales sentencias fue el haber fijado la nueva redacción de algunas de las disposiciones constitucionales originales.

Con la advertencia de que aún cursa una demanda contra la totalidad del acto legislativo<sup>11</sup>, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el mecanismo de transición dispuesto para su entrada en operación fueron declarados exequibles en las sentencias C-373-16 y C-112-17. En la sentencia C-285-16 no hubo pronunciamiento de fondo sobre la Comisión por ineptitud de la demanda, pero se expusieron argumentos que apuntan a su vigencia y a la de las medidas transitorias contempladas en la reforma constitucional”.

1. “ El numeral 2 del artículo 254 de la Constitución de 1991 que contemplaba la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, fue derogado por el artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015, en armonía con el artículo 19 del mismo Acto. Tal derogatoria operó en los precisos términos de la sentencia C-285-16. No obstante, como consecuencia de la transición establecida en el parágrafo del artículo 257 A de la Constitución, que mantuvo sujeta a plazo y condición las competencias de la sala y de los magistrados que la integraban, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúa virtualmente en ejercicio de las funciones que le eran propias, hasta tanto tomen posesión los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.
2. Mientras se resuelven las situaciones que actualmente inciden en la actividad de las autoridades mencionadas y, por consiguiente, en la elección y posesión de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, los magistrados de la extinta Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúan en ejercicio de las funciones que eran de la Sala por un tiempo que excede el del periodo constitucional de 8 años para el cual cada uno había sido elegido, sin que la extensión de su permanencia pueda interpretarse o tenga el alcance de modificar el mencionado periodo de 8 años<sup>29</sup> como tampoco trocar en indefinido un cargo de periodo fijo”.

“Se crea en el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, actual artículo 257 A de la Constitución, para ejercer la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la rama Judicial y la conducta y las faltas de los abogados en el ejercicio de su profesión.

En la Constitución vigente, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es uno de los órganos que integran la Rama Judicial. Para asumir la función disciplinaria que le fue asignada, requiere de la posesión de sus integrantes, quienes deben ser designados con la concurrencia del Consejo Superior de la Judicatura, el presidente de la República y el Congreso de la República, previa una convocatoria pública”.



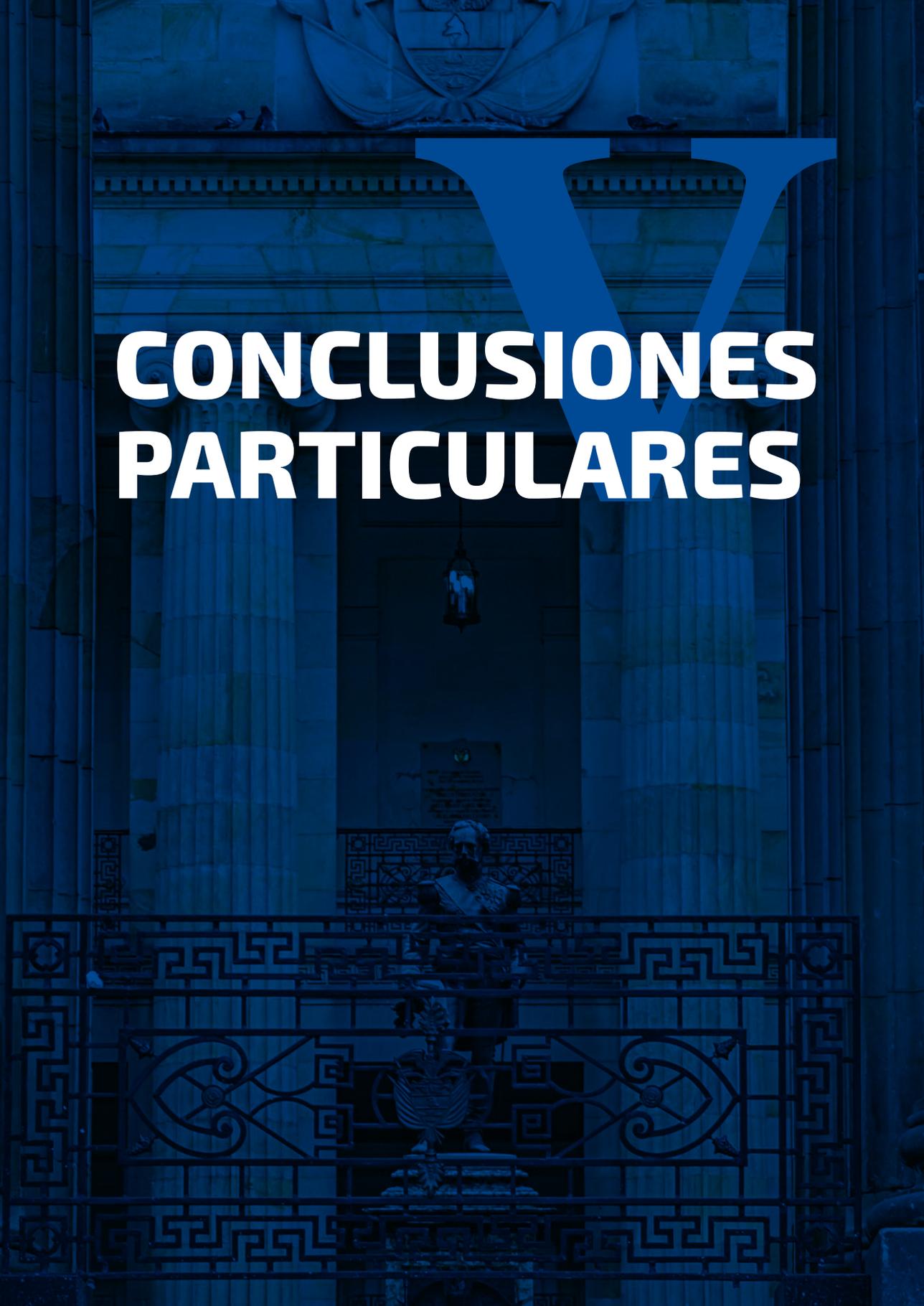


# CONCLUSIONES GENERALES

**1.** La Sala de Consulta y Servicio Civil, materializa y aplica de forma concreta y tangible la Constitución en la medida en que las competencias de la función consultiva colombiana, dentro de la arquitectura constitucional existente desde 1991, son el desarrollo de principios, valores, derechos fundamentales y estructura del Estado de naturaleza constitucional. En consecuencia, ha evolucionado hacia un modelo de función consultiva constitucionalizada.

**2.** La función consultiva es esencial e irremplazable en el Estado constitucional de derecho, porque garantiza la constitución a través de la buena administración pública dentro del nuevo paradigma de gobernanza que supera el modelo donde la administración tiene un carácter dominante y se ha constituido más bien una relación bidireccional y democrática en la que el ciudadano más que un subordinado es sujeto de derechos con un grado importante de participación en las decisiones que le afectan y una facultad de control hacia la gestión administrativa que se debe desarrollar según el devenir del derecho viviente.

**3.** La función consultiva ha trascendido el entorno local y ha avanzado hacia el global, en la medida en que los temas y preocupaciones de la agenda mundial como: supervivencia de la humanidad, salud, educación, seguridad social, etc., están interconectados y constituyen el marco de acción los altos órganos consultivos a nivel internacional, contexto que bien justifica la consolidación de una red que los agrupe y que de forma coordinada defina líneas de acción unificadas para contrarrestar los retos que el mundo globalizado plantea.



# CONCLUSIONES PARTICULARES

- 1.** La función consultiva es una institución jurídica que tuvo sus inicios en Colombia en el siglo XIX, cuando se instituyó el Consejo de Estado como máximo órgano consultivo del Gobierno y con tal capacidad de adaptación que terminó por convertirse en un eje fundamental para el buen ejercicio y materialización de los valores, principios, derechos fundamentales, y estructura orgánica del Estado en la Constitución para el buen funcionamiento de la administración pública constitucional, basada en los principios constitucionales de la administración, y la responsabilidad, la racionalidad, la eficiencia, la transparencia y la separación de poderes.
- 2.** Desde su entrada en el escenario jurídico nacional, la función consultiva se ha mantenido casi de forma permanente en el Estado colombiano, incluso antes de este convertirse en una república independiente, con claros antecedentes tanto franceses como españoles, aunque sobre este último punto no existe un acuerdo pacífico entre los doctrinarios a la hora de determinar si la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia pertenece a una u otra tradición jurídica en especial o es la mezcla de ambas.
- 3.** La relevancia de la Sala desde su incorporación al ordenamiento jurídico tiene como fundamento la necesidad de mantener un órgano que desde un nivel objetivo brinde conceptos técnicos, basados en un criterio moderado e imparcial sobre asuntos con carácter constitucional, legal y reglamentario, los cuales van desde la soberanía y la seguridad nacional, los estados de emergencia, las decisiones que comprometen derechos fundamentales hasta los decretos reglamentarios para la materialización de las leyes, es decir, la Sala de Consulta se ha constituido como un bastión que orienta un espectro muy amplio de decisiones en el marco jurídico.
- 4.** Las funciones que por antonomasia constituyen la esencia de la función consultiva son las que se circunscriben a la emisión de conceptos, la primera de ellas consagrada en el artículo 237 de la Constitución y enunciada en el numeral primero del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, relacionada con la función consultiva general, y la segunda prescrita en el numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el art. 19 de la Ley 2080 de 2021, ligada con la función consultiva asociada a precaver litigios.

**5.** Dentro de las funciones adicionales atribuidas a la Sala está la de resolver conflictos de competencia consagrada en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021. Esta función, aunque no se entiende originalmente como parte del ejercicio de la función consultiva, de algún modo, en un sentido amplio, puede entenderse como cercana a esa labor, ya que implica definir el ámbito de cumplimiento de la función administrativa, ante la duda o errónea interpretación de los marcos de competencia. Lo que supone, en últimas, una solicitud de orientación dirigida a la Sala de Consulta y Servicio Civil por parte de las entidades públicas, para que, a partir de un análisis juicioso de una problemática concreta, el órgano que posee el conocimiento técnico, la legitimidad social y la atribución legal para resolverlo, defina esa competencia.

**6.** En el ámbito de la función consultiva, el fenómeno de la constitucionalización va más allá de la consagración formal del órgano consultivo, en la Carta pues, se concreta en realidad, en el rol que cumple la Sala de Consulta y Servicio Civil a partir de la aplicación e irradiación de los valores, principios, derechos fundamentales y estructura orgánica constitucional en el desempeño de sus funciones.

**7.** Respecto del principio de supremacía constitucional las funciones atribuidas a la Sala que pretenden su materialización se pueden asimilar a una suerte de advertencia de inconstitucionalidad o ilegalidad que se brinda tanto al Gobierno como al Congreso, a través de una opinión autorizada, con el grado de vinculatoriedad que da el auctoritas, la fuerza de la argumentación y de los mejores argumentos, así como la legitimidad como máximo órgano consultivo del Gobierno, que puede evitar a las decisiones y actuaciones del Gobierno y la administración pública censuras posteriores ante revisiones jurisdiccionales, o de la opinión pública.

**8.** La función consultiva forma parte de la dinámica de frenos y contrapesos, y el equilibrio de poderes, con los que se articula la democracia, la cual, entre otras dimensiones, implica no solo una suerte de limitación del poder político, sino preferentemente un mecanismo de colaboración armónica dirigido a fortalecer la gestión estatal, la protección al patrimonio público y la realización de los fines esenciales del Estado.

# 9.

La Sala de Consulta y Servicio Civil complementa el control abstracto y concreto de la Constitución que se lleva a cabo por parte de la Corte Constitucional. De este modo, integra una suerte de control constitucional de *cara bifronte* en el que mientras la Corte Constitucional hace control abstracto y concreto de la Constitución, la Sala advierte con anterioridad, sobre eventuales transgresiones a la Constitución o la mejor interpretación conforme al ordenamiento jurídico nacional y promueve su aplicación en la administración pública a través de los conceptos que emite.

# 10.

Estos conceptos pueden identificarse como expresión del derecho viviente, entendido como aquel que se consolida a la luz de los acontecimientos y transformaciones sociales, por cuanto ofrecen marcos de interpretación orientadores y relevantes desde la visión doctrinal del órgano consultivo, autorizada y legitimada por su carácter de *auctoritas*, nutrido por las dinámicas sociales y que, a su vez, pueden constituirse en fundamento del control abstracto de constitucionalidad.

# 11.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en sus pronunciamientos es autónoma e independiente, y por ello tiene un amplio margen para abordar el análisis de los temas jurídicos sometidos a su autoridad, con fundamento en la pretensión de corrección jurídica y normativa basada en argumentos que tienen la fuerza del mejor argumento o interpretación más conforme con la Constitución y la ley. Esto les otorga un carácter vinculante en términos argumentativos y de *auctoritas*, pues, aunque estrictamente sus decisiones no son obligatorias en un sentido estrictamente jurídico, apartarse de un concepto emitido por la Sala implica, de todas maneras, un ejercicio de justificación, una mayor carga de argumentación por parte del Gobierno y la administración pública, así como una pérdida de legitimidad.

# 12.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los de la Sala de Consulta y Servicio Civil tienen una naturaleza jurídica diferente y un alcance expansivo muy distinto, coinciden en algunos aspectos elementales en sus propios ámbitos de influencia.

**13.** El principio de separación de poderes se ve materializado en la Sala de Consulta y Servicio Civil en el ejercicio de dirimir los conflictos de competencia, lo que resulta ser una arista del control constitucional pues, vendría a ser una garantía al sistema de competencias definido en la Constitución.

**14.** Los conflictos de competencia también vendrían a consolidarse como un instrumento complementario del control constitucional, pero esta vez, en el ámbito del control concreto, el cual se circunscribe a la garantía de derechos fundamentales en casos particulares y específicos. Lo anterior, por cuanto en la resolución del conflicto de competencia la Sala de Consulta y Servicio Civil determina de forma clara y unívoca, cuál es la autoridad que debe garantizar los derechos fundamentales comprometidos en el trámite de la actuación administrativa.

**15.** En cuanto al principio de prevalencia del interés general, este se viene a concretar con la emisión de conceptos para precaver litigios entre entidades públicas o poner fin a uno ya existente. Esta intermediación de la Sala de Consulta y Servicio Civil entre las entidades en conflicto canaliza el interés de resolver las controversias jurídicas de forma previa a la judicialización de las mismas o de aquellos litigios en curso, facilitando un escenario ágil y eficaz en virtud del principio de economía que orienta la función pública, en los términos del artículo 209 constitucional y facilita mayores niveles de inversión de presupuesto para la garantía de derechos fundamentales por parte de la Administración pública.

**16.** En el Derecho no hay un estatuto epistemológico “duro” como el de las ciencias naturales, por lo cual pueden surgir respuestas variadas a los problemas prácticos. En estos casos en los que emergen constelaciones de varias respuestas posibles a un problema de derecho, es usual encontrar escenarios de disenso. El consenso es entonces la regla general y un ideal regulativo dentro del modelo de adopción de la decisión de la Sala, pero, el disenso es un derecho, debe ser siempre posible y es una característica propia de las discusiones jurídicas democráticas.

# 17.

Forzar la unanimidad sería contrario, esto sí, a la democracia, a la argumentación jurídica, y al auctoritas, porque la decisión se tomaría con fundamento en criterios de autoritarismo, de modo que lo que se ejerce es la función de potestas. En consecuencia, en el ejercicio de la función consultiva como auctoritas la única coacción admisible es la del mejor argumento, en términos de Habermas, donde ese mejor argumento se alcanza después de pasar por un proceso discursivo entre proponentes y oponentes que problematizan una pretensión de validez y examinan con razones, y solo con razones, si procede reconocer o no la pretensión defendida por el proponente.

# 18.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en ejercicio de la función de realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas tiene una gran proyección, como el mayor tanque de pensamiento del país, puede ser un gran aliado estratégico del Gobierno en el trámite de las reformas que se propone adelantar ante el Congreso.

# 19.

La interacción de la Sala de Consulta y Servicio Civil tanto con la Corte Constitucional como con la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es de consulta bidireccional o recíproca, en el sentido en el que se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional y contenciosa en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Corte Constitucional, así como la sala contenciosa del Consejo de Estado tienen en cuenta los conceptos emitidos por la Sala de Consulta.

# 20.

En el marco de la sociedad global los órganos consultivos tienen un papel relevante pues, por su misma naturaleza abren las puertas a escenarios de discusión que bajo su orientación permitan analizar los temas de la agenda interestatal y, de manera autónoma e independiente brindar conceptos autorizados, integrales y propositivos que contribuyen a ajustar, interpretar y aplicar el marco jurídico conforme con los desafíos del desarrollo.

## 21.

Desde el punto de vista metodológico se debe precisar que, el universo de estudio se constituye en más de 2000 conceptos emitidos por la Sala desde la expedición de la Constitución de 1991. Es decir que, el lapso establecido para el análisis es superior a 3 décadas. Se analizó la totalidad de pronunciamientos seleccionados, y se encontró que 524 citaban o referían de forma directa la constitución o la doctrina constitucional. De estos, 444 conceptos tenían alguna influencia constitucional como obiter dicta en 89 y en la ratio de la respuesta en 355. Estos conceptos se tematizaron y se priorizaron para el estudio aquellos temas más recurrentes que contaban con más de 10 conceptos que son los que se exponen de forma detallada en la parte estructural 2 y, finalmente, se presentan fichas descriptivas de los conceptos más representativos de estas temáticas que se presentan en la parte estructural 3. Posteriormente, se incorporaron al análisis 66 conflictos de competencia en los que se garantizan derechos fundamentales para dar cuenta, de forma ilustrativa, de los casos más frecuentes que conoce la Sala de Consulta.

## 22.

Los temas con influencia constitucional más recurrentes en el ejercicio de la función consultiva dentro del universo de estudio acotado son: contratos y convenios interadministrativos; aplicación de la ley de garantías electorales; lucha contra la corrupción; inhabilidades e incompatibilidades, participación ciudadana, descentralización administrativa, función consultiva para prevenir litigios; acuerdo de paz, derechos de los niños, niñas y adolescentes, asuntos electorales, asuntos disciplinarios, consulta previa, régimen contractual aplicable a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD); servicios públicos; derecho laboral y medio ambiente; recursos públicos, regalías, expropiación; comunidades negras; marco regulatorio de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.



# VII

## BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIAMOS... LAS ARMAS  
OS HAN DADO INDEPENDENCIA  
LAS LEYES OS DARÁN LIBERTAD



# A

---

Ahumada Ruiz, M. Á. (2000). *La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: Rationes decidendi en la STC 136/1999*. Revista española de derecho constitucional, (58), 155-188.

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. (1ra. Ed.) (Atienza, M. & Espejo, I. Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1978), pp. 207.

Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*, Segunda ed. en español, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Alexy, R. (2012). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Segunda ed. en español, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 512.

Alexy, R. *Dignidad humana y proporcionalidad*. Traducción al español de Ma. Claudia Quimbayo Duarte, Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art1.pdf>

Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights* (primera ed. 1985), trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press.

Alexy, R. (2007). “The Weight Formula”, en: Jerzy Stelmach, Bartos Brożek, and Wojciech Załuski (ed.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Krakow: Jagiellonian University Press.

Alviar, G. H et al. Centro de Investigaciones De justicia. ¿Justicia Mediante Litigio? Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado. Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal “gestión jurídica de la Nación”, pp. 146 ss.

Arenas Mendoza, H. A. (2021). *200 años de Constituciones nacionales colombianas (1821-2021)*. Cuestiones constitucionales, (45), pp. 47-76. Epub 09 de mayo de 2022. Recuperado de <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16657>

Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta, Madrid 2013, p.21

# B

Ballén, R. (2006). *El Consejo de Estado francés en el antiguo régimen*. Diálogos de saberes, pp 13-32.

Betancurt, B. (1984). Decreto 1 de 1984. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6543>

Bolívar, S. (1817). Decreto de 1817. Recuperado de [https://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/obra/decreto-de-creacion-del-consejo-de-estado-de-1817/](https://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/obra/decreto-de-creacion-del-consejo-de-estado-de-1817/)

Bolívar, S. (1828). Decreto de 1828. Recuperado de [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-17/html/0260d606-82b2-11df-acc7-002185ce6064\\_2.html](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-17/html/0260d606-82b2-11df-acc7-002185ce6064_2.html)

# C

Camoni, D. (2020). *El voto particular. Una comparación entre España e Italia*.

Consejo de Estado. (2021). “Los conceptos en la Jurisprudencia del Consejo de Estado”. Tomo I. Recuperado de <https://lector.ramajudicial.gov.co/SIBD/VIDEOTECA/Publicaciones/00000000/56437//6/>

Correa Uribe, F. (1996). *Republicanism and Constitutional Reform*. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, pp.162-164.

Charry Gaitán, A. M., & Quimbayo Duarte, M. C. (2023). *Garantías judiciales de la Constitución*. Volumen IV, Control de constitucionalidad en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

# G

Galvis Ortiz, L. (1986). *Filosofía de la Constitución colombiana de 1886*. Bogotá. Editorial Lito Camargo Ltda.

Garcés Lloreda M. T. (1991, 27 de mayo). *Ponencia para sesión plenaria. Texto del articulado acogido por mayoría por la comisión IV sobre Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, proposiciones divergentes*. Recuperado de <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/328/rec/3>

Garcés Lloreda, M. T y Velasco Guerrero, J.M. (1991, 8 de abril) Ponencia sobre control de constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Comisión IV. Ponentes: Recuperado de <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/266/rec/1>

Gómez Naranjo, P. A. (1934). *El Consejo de Estado: Estudio sobre su organización en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

GUINIER. L. “Foreword: demosprudence through dissent”, *Harvard Law Review*, vol. 122, 2008, pp. 4-138.

## H

---

Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Vol. I. Madrid: Taurus. Humanidades, 278. 1987a.

Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, pp. 158-159.

Hijelmo, I. G. (2020). *La función consultiva en el Estado de Derecho*. Madrid: Memoria de ingreso como Académico Correspondiente en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Hobbes T. *Leviathan*, Trad. de M. Sánchez Sarto, Sarpe, Madrid, 1983, pp. 259 y 262.

## L

---

Labastida, L. C. “La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de igualdad”. *Revista de derecho político*, 2010., 77.

Lara, N. A. (2000). *Instituciones de derecho indiano en la Nueva España: Uqroo*.

López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.

## M

Mas, J. T. (2009). “La posición institucional de los consejos consultivos”. *Revista Española de la Función Consultiva*, pp. 19-40.

Mayorga García, F. (2010). *El Estado y el Colegio del Rosario en el siglo XIX: una historia de luces y sombras*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Medina, C. N. & Torres, J. T. (2021). *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Ibáñez.

Miguel, C. R. (1995). *El Consejo de Estado y los Consejos Consultivos Autonómicos*. Madrid: Dykinson, S.L.

Morales Alzate, John Jairo. (2021). “Funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Colombiano a la luz de la Ley 2080 de 2021”. En: *Tendencias contemporáneas en el Derecho colombiano y alemán*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2021, 216-221.

## P

Pereira-Menaut. G. *¿Qué es un Munus? Mainake*, XXVII/2005 / pp. 395-431 / ISSN: 0212-078-X. Universidad de Santiago de Compostela.

## R

Rodríguez, L. R. (2016). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>

Rodríguez, L. (2001). *Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia*. *Revista Universitas*, pp. 603-640.

Restrepo Piedrahita, C. (2009). *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

## S

---

Sánchez González, S. “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 12, Madrid, 2003.

Sancho, R. “Indicadores bibliométricos utilizados en la evaluación de la ciencia y la tecnología. Revisión bibliográfica”. *Revista española de documentación científica*, 1990, vol. 13.

Santofimio, J. (2017.). *Compendio de Derecho Administrativo*. Recuperado de <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-compendio-de-derecho-administrativo-9789587728772-8772-7951.html>

SchwabE, J. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung. Berlín.

Sierra Cadena, G. “El derecho, las políticas públicas y el juez constitucional en una época de crisis”. *Elementos de Juicio. Temas Constitucionales*, núm. 6-7 (2007): p.135.

## T

---

Tocqueville, A. D. (1996). *El antiguo régimen y la revolución*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Toscano López, F. H. (2013). “Aproximación conceptual al ‘acceso efectivo a la administración de justicia’ a partir de la teoría de la acción procesal”. *Revista de derecho privado*, (24), pp.237-257.

# U

---

Uprimny, R. (2021, julio 26). *1821, 1991 y 2021: constantes constitucionales*. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/column/1821-1991-y-2021-constantes-constitucionales/>

Uribe Vargas, D. (1985). *Las Constituciones de Colombia* (vol. 1). Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana.

Uribe Vargas, D. (1993). *Los Últimos Derechos de Colombia en el Canal de Panamá: El tratado Uribe Vargas-Ozores*. Bogotá D.C.: Empresa Editorial.

UNPD. (s.f.) ¿Qué son los objetivos de Desarrollo sostenible?. Recuperado de <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>

# Z

---

Zambrano Cetina, William. *El significado y alcance de la función consultiva del Consejo de Estado. Los procesos judiciales ante las altas Cortes*. Pontificia Universidad Javeriana-Corporación Excelencia en la Justicia.

Zurbriggen, C. “Gobernanza: una mirada desde América Latina”. *Perfiles latinoamericanos* 19.38 (2011): 39-64.

# Fuentes Legales

## A

---

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *“Constitución Política de Francia”*, París, Francia.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *“Constitución Política de Colombia”*. Bogotá, Colombia.

## C

---

Congreso Constituyente Español. (1978). *Constitución Política de España*. Madrid, España.

Congreso de la República de Colombia. (1821). *Constitución de 1821*. Recuperado 14 de septiembre de 2023. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13690>

Congreso de la República de Colombia. (1830). *Constitución de 1830*. Recuperado de [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=13692](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=13692)

Congreso de la República de Colombia. (1832). *Constitución de 1832*. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13694>

Congreso de La República de Colombia. (1843). *Constitución De La República de Nueva Granada 1 de 1843*. Función Pública. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13695>

Congreso de la República de Colombia. (1858). *Constitución de 1858*. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13697>

Congreso de la República de Colombia. (1863). *Constitución de 1863*. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13698>

Congreso de la República de Colombia. (1886). Constitución de 1886. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>

Congreso de la República de Colombia. (1905). Acto Legislativo 10 de 1905. Recuperado de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825758>

Congreso de la República de Colombia. (1914). Acto Legislativo 1 de 1914. Recuperado de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Acto/30020055>

Congreso de la República de Colombia. (1945). Acto Legislativo 1 de 1945. Recuperado de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969>

Congreso de la República de Colombia. (1958). Ley 19 de 1958. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8271>

Congreso de la República de Colombia. (1968). Acto Legislativo 1 de 1968. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=71230>

Congreso de la República de Colombia. (1991). Constitución de 1991. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá, Colombia. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Concepto 2478.

Concepto 2477.

Concepto 504 del 22 de abril de 1993.

Concepto 800 13 de mayo de 1996.

Concepto 800 13 de mayo de 1996.

Conceptos con levantamiento de reserva, emitidos en el año 2022 a 2023. Base de datos de la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Conceptos para precaver litigios emitidos en el año 2019 a 2022. Según base de datos Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Conceptos solicitados a la Sala de Consulta y Servicio Civil entre los años 2020 a julio de 2023. Según la base de datos de la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2005-001688-00. Número interno 1688.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2006-00071-00. Número interno 1761.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2006-00072-00. Número interno 1762.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2006-00097-00. Número interno 1778.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2010-00079-00. Número interno 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00163-01(19138)

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2011-00040-00. Número interno 2064.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2012-00091-00. Número interno 2127.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2013-00504-00. Número interno 2179.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2014-00049-00. Número interno 220

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2014-00124-00. Número interno 2214.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2014-00174-00

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-

2015-00104-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2015-00127-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00096-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00160-00. Número interno 2312.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00171-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00186-00. Número interno 2313.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2016-00255-00. Número interno 2411.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00036-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00096-00

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00101-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00113-00. Número interno 2349.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00137-00

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00141-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00146-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00153-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00159-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00160-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 110011001-03-06-000-2017-000192-00. . Número interno 2358.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00194-00. Número interno 2360

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00196-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-00202-00. Número interno 2364.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2017-000558-00. Número interno 2335.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00015-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00045-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00125-00. Número interno 2387

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00154-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2018-00212-00.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 19 de febrero de 2019. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00229-00(C)

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00013-00. Número interno 2323.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00026-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00033-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00048-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00104-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00107-00. Número interno 2423.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00117-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2019-00138-00. Número interno 2426.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00140-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00120-00. Número interno 2444.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00123-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00126-00. Número interno 2445.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00131-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00144-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00179-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00195-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00205-00. Número interno 2455

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00234-00. Número interno 2458.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2020-00235-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00010-00

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00036 -00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00046-00. Número interno 2464.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00073-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00074-00.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 011001-03-06-000-2021-00084-00, M.P. Ana María Charry Gaitán.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00104-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00092-00. Número interno 2469. AMCHG

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 11001-03-06-000-2021-00097-00

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 011001-03-06-000-2021-00138-00, M.P. Ana María Charry.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente radicado con el número 11001-03-06-000-2022-00290-00, M.P. Óscar Darío Amaya Navas.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos del 16 de diciembre de 2019. Exp. 2019-00126 (00002 PL) y del 30 de junio de 2022. Exp. 202200066.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD-2002-N13911391.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 310-CE-SC-EXP-1994-N637.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 202- CE-SC-RAD1997-N952.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 202-CE-SC-EXP-1998-N1059.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD-1999-N1198.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD-2001-N1320. Número interno 1320.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD-1998-N1161. Número interno 1161.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD-1998-N1030A. Número interno 1030A.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado CE-SC-RAD-1993-N541Número interno 541

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No. de Radicado 303-CE-SC-EXP-1991-N396-N541Número interno 396.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 499 del 26 de marzo de 1993.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 522 del 23 de julio de 1993.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 523 del 17 de junio de 1993.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 557 del 7 de diciembre de 1993.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 568 del 15 de diciembre, ambos de 1993.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 798 del 29 de abril de 1996.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 807 del 15 de abril de 1996.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1005 del 10 de octubre de 1997.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1382 del 22 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1388 del 03 de diciembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1407 del 23 de mayo 2002.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1409 del 11 de abril de 2002.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1735 del 7 de septiembre de 2006.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1844 del 22 de octubre de 2007.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2242 del 9 de julio de 2015.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2236 del 22 de febrero de 2016.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2279 del 26 de octubre de 2016.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2473 del 16 de febrero de 2022.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2477 del 14 de junio de 2022.

Corte Constitucional, expediente radicado con el número D-14.766, M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 19 (parcial) de la Ley 2080 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia T-422/92. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-422-92.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-064/94. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-064-94.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-230/94. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1994/T-230-94.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-357-94. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-357-94.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-015/95. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-015-95.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-445/95. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-469/95. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1995/C-469-95.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-266/95. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-266-95.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-022/96. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-257/97.

Corte Constitucional. Sentencia C-068/98.

Corte Constitucional. Sentencia C-086/98. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-086-98.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-541/99. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-541-99.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-722/99. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-722-99.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-088/00. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-088-00.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-1162/00. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1162-00.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-1634/00. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1634-00.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-053/01. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-053-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-093/01. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-673/01. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-1026/01. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1026-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-150/03. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-150-03.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-355/06. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-691/07. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-691-07.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-624/08. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-624-08.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-713/09. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-490/11. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-490-11.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-838/13. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-838-13.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-313/13. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-313-13.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-284/15. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/C-284-15.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-601/15. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-601-15.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-054/16. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-335/16. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-335-16.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-253/17. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-253-17.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-220/17. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-220-17.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-389/17. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-389-17.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-535/17. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-535-17.htm>

Corte Constitucional. Sentencia SU-354/17. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-067/18. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-067-18.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-345/19. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-345-19.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-084/20. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-084-20.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-218/20. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-218-20.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-432/20. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-432-20.htm>

Corte Constitucional. Sentencia SU-355/20. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU355-20.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-433/21. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-433-21.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-133/22.

Corte Constitucional. Sentencia C-153/22. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-153-22.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-183/23. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-183-23.htm>

## D

---

Decreto de creación del Consejo de Estado de 1817

Decreto 1609 de 2015.

## L

---

Ley 5 de 1992. Art. 280 núm 8

Ley 80 de 1993. Art. 16.

Ley 142 de 1994. Arts. 40, 61.

Ley 143 de 1994.

Ley 223 de 1995.

Ley 270 de 1996. Art. 34.

Ley 286 de 1996.

Ley 489 de 1998. Art. 69.

Ley 632 de 2000.

Ley 769 de 2002.

Ley 1437 de 2011. Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 112 núm. 10, 113.

Ley 1697 de 2013.

Ley 589 de 2017.

Ley 1978 de 2019.

Ley 475 de 2021.

Ley 2085 de 2021.

Ley 2200 de 2022.

## P

---

Parlamento francés. (2000) “*Code de justice administrative*”. París, Francia.



Síguenos en nuestras redes

