



MANUAL DE
BUENAS
PRÁCTICAS
DE LA
GESTIÓN **JURÍDICA**
PÚBLICA



CUNDINAMARCA
unidos podemos más

©Manual de buenas prácticas de la gestión jurídica pública

©2019

Secretaría Jurídica

Gobernación de Cundinamarca

Autores

Germán Enrique Gómez González

Secretario Jurídico

Libro 1 – Buenas prácticas en la contratación estatal

Roberto Mario Ochoa Uribe

Director

Abogados

Edinson Jair Velásquez Acosta

José Joaquín Hernández Baquero

Ligia Marlén Sánchez Otálora

Sandra Karime Martínez Sarmiento

Eddna Vanessa Núñez Ordóñez

Libro 2 – Buenas prácticas en la defensa judicial y extrajudicial

María Stella González Cubillos

Directora

Abogados

Myriam Antonieta Caldas Zárate

Isaías Arévalo Quicasan

Belky Cecilia Cifuentes Méndez

Marbel Constanza Ruiz Martínez

Jorge Ricardo Pérez Gómez

Joselito Riaño Barragán

Claudia Ruth Franco Zamora

Elisa Lilia Álvarez Prieto

Jaime Néstor Babativa Ramos

María Doris Casas Ubaque
Ana Isabel Chizabas Espitia

Libro 3 – Personas jurídicas sin ánimo de lucro

Lizbeth Fabiola Pérez Pérez
Directora

Abogados

Irma Esperanza Wilches Caro
Dora Liz Ramos Salazar
Sidrac Avella Vargas

Libro 4 – Conceptos generales de administración pública

Diego Mauricio Lara Abella
Director

Abogados

Fernando Alonso Laverde González
José Ulises Queruz Lemus
Alicia Venegas Venegas
Yaqueline Aguirre Rodríguez

Producción editorial e impresión

legis | Comunicación
Gráfica

Legis S.A.
Bogotá, D.C., Colombia

@Este libro se terminó de imprimir en diciembre de 2019.

Está prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier medio impreso, magnético o digital, sin previa autorización de los autores.

@Derechos reservados Gobernación de Cundinamarca.

Agradecimientos

De manera especial agradecemos la motivación y el liderazgo del doctor JORGE EMILIO REY ÁNGEL, Gobernador de Cundinamarca, quien durante su período de gobierno aportó con mística y dedicación al fortalecimiento del servicio público en el departamento, mediante la implementación de nuevas estrategias y de las mejores prácticas en todos los sectores, incluida la gestión jurídica, para avanzar en la construcción de una administración pública moderna, fundada en el propósito altruista de hacer realidad los sueños de los cundinamarqueses, convocando la unión como determinante para alcanzar los mejores resultados, los cuales son ahora objeto de todo nuestro reconocimiento.

GERMÁN ENRIQUE GÓMEZ GONZÁLEZ

Secretario Jurídico

2016-2019

Gobernación de Cundinamarca

Índice

Presentación	9
Prólogo	10
Introducción	12
Libro 1	
Buenas prácticas en la contratación estatal	15
Capítulo I	
¿Qué es una buena práctica?	16
Capítulo II	
Sujetos de la contratación estatal	17
- Capacidad jurídica Persona natural	18
- Capacidad jurídica Persona jurídica	19
- Consorcios y uniones temporales	21
- Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones	22
Capítulo III	
Principios de la contratación estatal	24
- Principio de transparencia	25
- Principio de planeación	26
- Principio de publicidad	28
- Principio de selección objetiva	29
- Principio de igualdad	30
- Principio de libre concurrencia	31
- Principio de previsibilidad	33
Capítulo IV	
Planeación contractual	34
- Plan de desarrollo	34
- Plan anual de adquisiciones	37
- Planeando la contratación	39
- Análisis del sector	43
- Estudio de la oferta	45
- Estudio de la demanda	45
- Valoración estadística para determinación de indicadores del proceso contractual	46
- Fallas recurrentes en estudios del sector	48
- Licencias y permisos ambientales	49
- Apropiaciones presupuestales	49
- Consulta a comunidades	52
- Riesgos de contratación	53
Capítulo V	
Selección de contratistas	58
- Apertura del proceso	58
- El pliego de condiciones o los términos de referencia	58
- Publicación de documentos contractuales	70
Capítulo VI	
Contratación directa	71
- Convenios de cooperación internacional	73
- Convenios interadministrativos	74
- Convenio Decreto 92 de 2017	75
Capítulo VII	
El contrato	78
- Obligaciones en los convenios	82
- Cláusulas excepcionales	84
- Clasificación de las cláusulas excepcionales	84
- Procedencia	85
- Multas	86
- Garantías	88
- Tipos de garantías y coberturas	89
- ¿Cuáles riesgos se deben cubrir mediante garantías en los procesos de contratación?	90
- Obligaciones posteriores a la ejecución	91
- ¿Cómo se hacen efectivas las garantías?	92
- Riesgos que cubren las garantías	92
- Amparos de la garantía única de cumplimiento del contrato	93
- Manejo del anticipo y el pago anticipado	93
- Estabilidad y calidad de la obra	94

MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

- Calidad del servicio	94
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes	94
- Suficiencia de las garantías	94
- Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo	95
- Suficiencia de la garantía de pago anticipado	95
- Suficiencia de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales	96
- Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra	96
- Suficiencia de la garantía de calidad del servicio	96
- Suficiencia de la garantía de calidad de bienes	96
- Suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual	96
- Efectividad de las garantías	97
- Garantía de responsabilidad civil	98
- Condiciones de la póliza de responsabilidad civil extracontractual	100
- Para tener en cuenta...	101
Capítulo VIII	
Ejecución contractual	102
- Supervisión e interventoría de los contratos del Estado	102
- Supervisión contractual	102
- Interventoría contractual	103
- Finalidades de la supervisión y la interventoría	104
- Funciones de los supervisores e interventores	105
- Responsabilidades de los supervisores e interventores	108
- Recomendaciones	110
Capítulo IX	
Las compras sostenibles como una buena práctica en las compras públicas	112
- Principios	112
- Lineamientos	113
- Condiciones ambientales mínimas para la operación del plan de acción	115
- Criterios para la selección de los proveedores de los bienes y servicios sostenibles	117
- Aseguramiento de la inclusión de consideraciones ambientales en las diversas etapas del proceso de gestión contractual	117
- Los procesos de compras y los criterios ambientales	118
- Etapas del proceso de compra. Consideraciones ambientales	118
Libro 2	
Buenas prácticas de la defensa judicial y extrajudicial	121
Capítulo I (parte general)	
Defensa judicial y extrajudicial	122
- Concepto de defensa	122
- Alcance de la defensa	123
- Defensa judicial y extrajudicial	123
- Importancia de la defensa judicial	123
- Principios rectores de la defensa judicial y extrajudicial	125
- Marco normativo que rige al abogado	126
Capítulo II (parte especial)	
Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MACS)	128
- Principios de legalidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos	129
- Aspectos relevantes para ejercer la defensa integral	135
- En el contencioso administrativo.	
- Aplicación de la Ley 1564 en la jurisdicción contencioso administrativa	139
- Requisitos de procedibilidad	140
- Medios de control en el Código de Procedimiento Administrativo	142
- Demanda. Aspectos relevantes	150
- Procesos preventivos y correctivos – sancionatorios por el Departamento Nacional de Planeación (DNP)	157
- <i>Recursos del Sistema General de Regalías</i>	157
- <i>Instancias que intervienen en el proceso administrativo</i>	161
- <i>Proceso administrativo persuasivo</i>	162
- <i>Proceso administrativo correctivo – sancionatorio</i>	163
- Recursos en el Código Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011	166
- Recursos ordinarios y extraordinarios en laboral ordinario	173
- Grado de jurisdicción de consulta	174
- Recursos extraordinarios	174
- Tabla de recursos ordinarios y extraordinarios en jurisdicción contencioso administrativa	176

Capítulo III	
Procedimiento administrativo coactivo	182
- Normas aplicables	183
- Actuación y representación del deudor	183
- Actuaciones procesales – mandamiento de pago	183
- Contenido del mandamiento de pago	183
- Notificación del mandamiento de pago	184
- Medidas cautelares	185
- Levantamiento de medidas cautelares	185
- Cauciones	186
- Excepciones	186
- Concepto de prescripción extintiva	188
- Contabilización del término de prescripción	189
- Competencia temporal para la determinación de las obligaciones tributarias	189
- Actos que interrumpen el término de prescripción de la acción de cobro	190
- Término para resolver las excepciones	190
- Situaciones que se pueden presentar	191
- Reglamento interno de recaudo de cartera	196
- Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo	196
- Finalidad	197
- Procedencia de las medidas cautelares – artículo 229 del CPACA	197
- Contenido y alcance de las medidas cautelares – artículo 230 del CPACA	197
- Requisitos para decretar las medidas cautelares – artículo 231 del CPACA	199
- Caución – artículo 232 del CPACA	200
- Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares – artículo 233 del CPACA	200
- Procedimiento para las medidas cautelares de urgencia – artículo 234 del CPACA	201
- Levantamiento, modificación y revocatoria de medidas cautelares – artículo 235 del CPACA	202
- Recursos – artículo 236 del CPACA	203
- Prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado – artículo 237 del CPACA	203
- Procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido – artículo 238 del CPACA	203
- Procedimiento en caso de reproducción del acto anulado – artículo 239 del CPACA	204
- Responsabilidad – artículo 240 del CPACA	204
- Sanciones al incumplimiento de una medida cautelar – artículo 241 del CPACA	205
- Responsabilidad de las oficinas asesoras jurídicas y su aporte en los procesos administrativos y/o judiciales	205
- Debida y oportuna observancia de los términos judiciales	207
- Oportunidad de la prueba dentro de los procesos judiciales y/o administrativos	209
Libro 3	
Personas jurídicas sin ánimo de lucro	211
- Definición	212
- Clases de entidades sin ánimo de lucro	212
- ¿Qué es una fundación?	213
- ¿Qué es una asociación o corporación?	213
- Fundamento legal de la inspección, vigilancia y control de las ESAL	214
- Información jurídica, financiera y contable	216
- Cómo se construye una entidad sin ánimo de lucro	217
- Reunión de constitución	217
- Estatutos de una entidad sin ánimo de lucro	219
- Reformas estatutarias	220
- Reuniones ordinarias y reuniones extraordinarias	221
- La duración de la entidad	221
- Causales de disolución	222
- La liquidación una vez disuelta la entidad sin ánimo de lucro	223
- Registro ante cámaras de comercio	224
- Inspección, vigilancia y control a las ESAL en los departamentos	225
Libro 4	
Conceptos generales de administración pública	233
Capítulo I	
Conceptos generales	
- Liquidación de intereses moratorios en en sentencias jurídicas	234
- <i>Tema de consulta</i>	234
- <i>Normativa</i>	235
- <i>Jurisprudencia</i>	238
- <i>Concepto</i>	251

MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

- Intereses moratorios en contratos estatales	252
- <i>Tema de consulta</i>	252
- <i>Normativa</i>	254
- <i>Jurisprudencia</i>	257
- <i>Conclusiones</i>	260
- Aplicación de la Ley 1821 de 2016 – Edad de retiro forzoso voluntario	263
- <i>Tema de consulta</i>	263
- <i>Normativa</i>	263
- <i>Jurisprudencia</i>	265
- <i>Conclusiones</i>	266
- Recursos estampilla – adulto mayor	271
- <i>Tema de consulta</i>	271
- <i>Normativa</i>	272
- <i>Jurisprudencia</i>	274
- <i>Conclusión</i>	277
- Pago salario personero Fosca	278
- <i>Tema de consulta</i>	278
- <i>Trámite de la actuación administrativa</i>	279
- <i>Normativa</i>	279
- <i>Conclusión</i>	282
- Informe de gestión del alcalde municipal al Concejo	283
- <i>Tema de consulta</i>	283
- <i>Normativa y jurisprudencia</i>	284
- <i>Concepto</i>	291
- Licencia de maternidad concejala	292
- <i>Tema de consulta</i>	292
- <i>Normativa</i>	293
- <i>Respuesta a las inquietudes planteadas por la consultante</i>	300
- Creación de comité de bajas y enajenación de bienes muebles de propiedad del Concejo Municipal	302
- <i>Tema de consulta</i>	302
- <i>Normativa</i>	303
- <i>Concepto</i>	306
- Traslados presupuestales a municipios	307
- <i>Tema de consulta</i>	307
- <i>Normativa y jurisprudencia</i>	307
- <i>Concepto</i>	312
- Pago impuesto de vehículos oficiales	312
- <i>Tema de consulta</i>	312
- <i>Normativa</i>	313
- <i>Jurisprudencia y conceptos</i>	320
- <i>Conclusión</i>	320
- Vigencia CDP	321
- <i>Tema de consulta</i>	321
- <i>Normativa y jurisprudencia</i>	321
Capítulo II	
De los principios del sistema presupuestal	323
- <i>Concepto</i>	326
- Bienestar social de funcionarios	327
- <i>Tema de consulta</i>	327
- <i>Normativa</i>	327
- <i>Jurisprudencia</i>	331
- <i>Concepto</i>	332
- Cuenta de cobro medio electrónico	334
- <i>Tema de consulta</i>	334
- <i>Normativa</i>	334
- <i>Jurisprudencia</i>	339
- <i>Concepto</i>	341
- Adjudicación de subsidios de servicios públicos	343
- <i>Tema de consulta</i>	343
- <i>Normativa</i>	343
- <i>Jurisprudencia</i>	355
- <i>Concepto</i>	357
Bibliografía y sitios web	360



CUNDINAMARCA
unidos **podemos** más

Presentación

El presente documento se constituye en un insumo fundamental para contribuir a optimizar la gestión contractual, aportando elementos esenciales que permitan repensar el proceso, convocando el autocontrol para eliminar fallas recurrentes y optimizar resultados sobre los principios de eficiencia, transparencia y calidad.

Prólogo

Reinventar las organizaciones públicas promoviendo equipos creativos e incentivando el talento humano es el verdadero reto de la administración pública moderna, es la esencia del nuevo liderazgo como estrategia exitosa para erradicar la obsolescencia de las entidades del Estado y hacerlas más competitivas en el cumplimiento de metas y objetivos, con transparencia y resultados efectivos, siempre cercanas al sentir y a las necesidades de las comunidades.

Con esta premisa, el libro ***Buenas prácticas de la gestión jurídica pública*** compendia las mejores prácticas de la gestión jurídica del departamento, mediante las cuales se optimizaron procesos y procedimientos de las distintas áreas que la integran, alcanzando como resultado altos estándares de eficiencia y transparencia, reconocidos a nivel nacional, en materia de contratación estatal, defensa judicial y extrajudicial, conceptualización jurídica y en acciones de vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro.

El documento es un instrumento práctico y novedoso de consulta que se fundamenta en la experiencia jurídica real, que aporta elementos que trascienden la simple aplicación de la norma o su interpretación, con apreciaciones y recomendaciones que permiten al operador jurídico enfrentar con eficiencia y oportunidad los escenarios probables que se generan en el ejercicio de la función pública.

Lo anterior considerando que la gestión jurídica pública se circunscribe a la prevención del daño antijurídico, por lo que corresponde a las entidades del Estado implementar acciones que eviten y reduzcan el impacto de los eventuales riesgos que puedan generar obligaciones patrimoniales a futuro o juicios de responsabilidades individuales por parte de organismos de control.



La obra es un referente de buenas prácticas en la gestión jurídica aplicable en las diferentes instancias y escenarios de la administración pública moderna, en los cuales es determinante la efectividad de la defensa jurídica, así como la solidez en la asesoría, la conceptualización, la vigilancia y el control, además de la ejecución eficiente y transparente de los recursos públicos mediante procesos contractuales que garanticen la imparcialidad y la selección objetiva de los contratistas, aun en los casos de la contratación directa.

El presente texto incorpora además la política de calidad en materia de seguridad y salud en el trabajo que prioriza el bienestar de los servidores públicos, proporcionando condiciones de trabajo seguras para la prevención de lesiones y el deterioro de las condiciones de salud por accidentes y enfermedades de origen laboral.

Adicionalmente, se destaca la inclusión de aspectos novedosos a nivel territorial, como el de las compras públicas sostenibles, mediante los cuales las entidades asumen como política pública la responsabilidad con los recursos naturales por medio de aspectos sociales, económicos y medioambientales de sus operaciones y en los procesos para adquisición o realización de obras, bienes y servicios.

El texto expone aspectos relevantes y alternativas de solución frente a situaciones puntuales, tendientes a salvaguardar jurídicamente el interés de la administración pública, y convoca a los operadores jurídicos, en sus distintos roles, como creadores, intérpretes, consultores o aplicadores del derecho, a proponer nuevas estrategias de gestión jurídica que aporten a fortalecer el nuevo liderazgo institucional que demanda la sociedad y que nos compromete a todos como responsables del servicio público.

Jorge Emilio Rey Ángel
Gobernador de Cundinamarca
2016-2019

Introducción

Desarrollar e implementar buenas prácticas en el proceso de la gestión jurídica de las entidades del Estado es el propósito principal del libro ***Buenas prácticas de la gestión jurídica pública***.

En él se consolidan recomendaciones que permiten armonizar la dinámica normativa, la jurisprudencia y la doctrina, con los manuales de procedimientos internos, para enfrentar situaciones propias del devenir jurídico en escenarios propios de la administración pública, como son la contratación estatal, la generación de conceptos, la defensa judicial y extrajudicial, así como la inspección, vigilancia y control sobre las personas jurídicas.

El documento es el resultado del ejercicio de gestión de conocimiento realizado a partir de la experiencia y la intermediación con la casuística y los expedientes de los procesos en los distintos frentes que demandan la intervención jurídica.

La obra compendia la experiencia de cuatro años de gestión jurídica en el departamento de Cundinamarca, desarrollados con el imperativo de la eficiencia y la transparencia, en el marco de la función administrativa, como

la principal y mejor práctica aplicable por parte de los servidores públicos, la cual se suscribe al cumplimiento estricto del artículo 209 de la Constitución Política, que a la letra establece:

“[...] La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley [...]”.

Se trata así de contribuir con elementos prácticos, probados en la realidad de la dinámica jurídica, a eliminar y reducir errores recurrentes, aportando elementos esenciales en cada capítulo que permitirán a los servidores públicos que integran los equipos jurídicos repensar los procesos con base en el autocontrol como determinante para optimizar los resultados dentro de las entidades, sobre los principios de eficiencia, transparencia y calidad.

Germán Enrique Gómez González

Secretario Jurídico

2016-2019

Gobernación de Cundinamarca





Libro 1
**Buenas prácticas en la
contratación estatal**

Capítulo I

¿Qué es una buena práctica?

Dentro de la práctica general, una **buena práctica** es una actividad que genera un avance en el conocimiento con el fin de mejorar un procedimiento, siendo eficaz y útil, ayudando a la mejora o solución de problemas y/o dificultades que se presenten en un procedimiento, haciéndolo más sencillo, de mejor calidad, más económico o más eficaz.

Buenas prácticas en la contratación: de la teoría a la praxis

Desarrollar e implementar buenas prácticas en el proceso de gestión contractual, las cuales permitan armonizarse con la dinámica normativa de la contratación estatal, hace parte del compromiso de eficiencia y transparencia en la ejecución de los recursos públicos del plan de desarrollo. El *Manual de buenas prácticas* incorpora las directrices generadas por la agencia nacional Colombia Compra Eficiente y por la Secretaría Jurídica a través de la Dirección de Contratación del departamento, constituyéndose así en documento de consulta y aplicación permanente en los distintos escenarios que integran la gestión contractual.

Además, el presente documento incorpora la política de calidad en materia de seguridad y salud en el trabajo, que prioriza el bienestar de las personas, proporcionando condiciones de trabajo seguras para la prevención de lesiones y mejorando las condiciones de salud, evitando accidentes y enfermedades de origen laboral. Avanzamos así en el compromiso de hacer de la contratación estatal un proceso estrictamente basado en los principios de transparencia, economía y responsabilidad; fundado en la aplicación de procedimientos de selección objetivos, claros y justos; con reglas conocidas que garanticen la imparcialidad y la selección objetiva del contratista, aun en los casos excepcionales de la contratación directa.

Capítulo II

Sujetos de la contratación estatal

En este capítulo se hará referencia a los intervinientes en la contratación estatal en Colombia, entendidas como las partes (personas o entidades) que intervienen en los contratos que se rigen por el Estatuto General de Contratación Estatal; en este sentido, se habla de la entidad que contrata los bienes o servicios requeridos para cumplir su misión y el contratista, en cabeza del cual se encuentra la ejecución de lo contratado a cambio de una remuneración.

Las entidades estatales de acuerdo con la legislación colombiana son: 1) las referidas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993; 2) las establecidas en los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007; y 3) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 6°, reguló la competencia de los sujetos estatales y la capacidad de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas que dan como resultado la materialización de los contratos estatales. Estableció que “pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”¹.

En cuanto a las personas tanto naturales como jurídicas, es necesario tener en cuenta que quien quiera contratar con el Estado debe ser legalmente capaz para celebrar este tipo de negocios jurídicos; es por ello que las entidades estatales son responsables de verificar en todo proceso de

1. Colombia, Senado de la República, Ley 80 de 1993

contratación pública, cualquiera que sea la modalidad justificada legalmente para llevarlo a cabo, que los proponentes acrediten su capacidad jurídica.

El *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación* de Colombia Compra Eficiente² define: “La capacidad jurídica es la facultad de una persona para celebrar contratos con una entidad estatal, es decir (i) obligarse a cumplir el objeto del contrato; y (ii) no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato”.

Capacidad jurídica persona natural

La entidad estatal debe tener claro que la verificación de la capacidad jurídica de una persona natural es diferente a la de una persona jurídica. Con respecto a la capacidad de la persona natural, Colombia Compra Eficiente, en el *Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía*,³ indica la forma como las entidades pueden establecer la capacidad jurídica de las personas naturales:

“La entidad estatal debe verificar la capacidad jurídica de las personas naturales de la siguiente manera: (a) La mayoría de edad, la cual es acreditada con la cédula de ciudadanía, para los nacionales colombianos, y con la cédula de extranjería o el pasaporte para los extranjeros. La simple presentación de este documento sirve para acreditar la capacidad jurídica. b) La ausencia de limitaciones a la capacidad jurídica de las personas naturales. Este requisito lo debe verificar la entidad estatal con la presentación de una declaración de la persona natural en la cual certifique que tiene plena capacidad y que no está incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones y adicionalmente la entidad estatal debe consultar los sistemas de información

2. Colombia Compra Eficiente. (2014). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*. Bogotá. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf, p. 9.2014.

3. Colombia Compra Eficiente. (2012). *Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía*. Bogotá. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_minima_cuantia.pdf, p. 9.

de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República”.

Para la acreditación de experiencia de los profesionales, el Decreto-Ley 19 de 2012 establece que, para el ejercicio de diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pénsum académico de educación superior, exceptuando de esta condición a las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud, en las cuales la experiencia profesional se computa a partir de la inscripción o registro profesional⁴.

Capacidad jurídica persona jurídica

Según el artículo 633 del Código Civil colombiano, “se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. En este sentido, se puede afirmar que la capacidad jurídica se obtiene desde la legalización o constitución, y nace a través de un acto jurídico, para el caso colombiano en el momento de registrarse ante la Cámara de Comercio.

Las personas jurídicas por su origen o función pueden ser de derecho público y tienen como propósito la prestación de un servicio público; pueden ser municipios, departamentos, distritos, o entidades descentralizadas, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado.

Las personas jurídicas de derecho privado nacen como una iniciativa privada y con recursos privados. Las personas jurídicas civiles se caracterizan por no perseguir un lucro, los miembros no aportan capital, tienen un objeto social orientado al beneficio colectivo, procuran la defensa de derechos, realizan actividades en beneficio de asociados, terceras personas o comunidad en general. Pueden constituirse como fundaciones, corporaciones, sindicatos, cooperativas.

⁴. Decreto-Ley 19 de 2012, *Diario Oficial* N° 48308, 10 de enero de 2012.

Las personas jurídicas mercantiles o las sociedades comerciales se caracterizan por su ánimo de lucro, actúan en cuenta propia bajo un nombre, domicilio, capacidad y patrimonio. De acuerdo con su procedencia, se pueden clasificar en nacionales y extranjeras, y pueden constituirse como sociedad por acciones simplificada, limitada, anónima, colectiva, comandita simple, comandita por acciones, entre otras.

En cuanto a la acreditación de la capacidad de las personas jurídicas, Colombia Compra Eficiente en el *Manual de mínima cuantía*⁵ se refiere al tema de la siguiente forma:

“[...] Las personas jurídicas acreditan su capacidad jurídica con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su domicilio, el cual debe haber sido expedido dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de presentación o por la entidad que tenga la competencia para expedir dicho certificado.

La entidad estatal debe verificar la capacidad jurídica de una persona jurídica revisando los siguientes aspectos:

- (a) El objeto social de la persona jurídica para efectos de verificar que esté autorizada para cumplir con el objeto del contrato. El objeto social es transcrito en los certificados de existencia y representación legal.
- (b) La calidad de representante legal de quien suscribe la oferta, lo cual se verifica con la inscripción del representante legal en el certificado de existencia y representación legal.
- (c) Las facultades del representante legal de la persona jurídica para presentar la oferta y obligar a la persona jurídica a cumplir con el objeto del contrato, lo cual se verifica con la inscripción del representante legal en el certificado de existencia y representación legal.

5. Colombia Compra Eficiente, Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía, op. cit., p. 8.

(d) La ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones de la persona jurídica para contratar con el Estado. Este requisito lo debe verificar la entidad estatal con la presentación de una declaración de la persona jurídica en la cual esta certifique que ni la persona jurídica ni su representante legal están incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones. Adicionalmente la entidad estatal debe consultar los sistemas de información de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República [...]”.

Es claro, entonces, que la entidad tiene la obligación de comprobar la capacidad jurídica de los proponentes en la verificación que realiza el comité asesor evaluador de la propuesta presentada y teniendo en cuenta las condiciones establecidas en el pliego de condiciones. De igual manera, es necesario tener absoluta claridad de que estos requisitos son habilitantes, no conducen a asignación de puntaje y pueden ser subsanados a la luz de lo establecido en la legislación actual.

Consortios y uniones temporales

A partir de la Ley 80 de 1993, se incluye la posibilidad de que los consorcios o uniones temporales celebren contratos con las entidades del Estado; esta posibilidad reconoce la iniciativa del sector privado de unir los esfuerzos, experiencia, capital, personal, y responder de manera solidaria para prestar servicios o suministrar bienes al sector público.

Se constituye una unión temporal cuando dos o más personas de forma conjunta presentan a la entidad una propuesta en desarrollo de un proceso público para su evaluación y, en caso de ser seleccionado, para la celebración y ejecución del contrato. La característica fundamental es la responsabilidad solidaria de las obligaciones contraídas de acuerdo con la participación en su conformación⁶.

6. Ley 80 de 1993, artículo 7°.

En el consorcio, por su parte, se presenta en forma conjunta la propuesta y sus integrantes responden de manera solidaria por todas las obligaciones derivadas del contrato y los ofrecimientos hechos en la propuesta.

Los proponentes gozan de la libertad en su constitución y deciden de manera mancomunada la forma asociativa (consorcio o unión temporal) con la cual se presentarán a determinado proceso. Estas figuras asociativas permiten la complementariedad y fomentan mayor participación de oferentes, son una alternativa eficiente para el desarrollo de proyectos del Estado.

Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones

La Constitución Política, la Ley 80 de 1993, la Ley 734 de 2002, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y la jurisprudencia se han referido a las causales de inhabilidad o incompatibilidad que impiden que personas naturales o jurídicas participen en los procesos de selección de contratistas, propiciando así y de manera permanente procesos contractuales objetivos, transparentes, eficientes.

La inhabilidad es aquella circunstancia creada por la Constitución o la ley que impide o imposibilita que una persona sea elegida o designada para un cargo público, y, en ciertos casos, impide que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; tiene como objetivo primordial “lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos” (Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Las incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia



CUNDINAMARCA
unidos **podemos** más

que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado” (Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz).

Es responsabilidad de las entidades estatales verificar que quien pretende contratar con el Estado no se encuentre incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Los estructuradores de los procesos deben tener claridad sobre la forma de verificación de estas.

Capítulo III

Principios de la contratación estatal

La contratación pública tiene como finalidad el adecuado manejo y ejecución de los recursos del Estado para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, con la aplicación de los principios orientadores al ejercicio de la contratación estatal y de los cuales se desprenden y derivan su existencia; el Estado garantiza los derechos de los ciudadanos con un proceso transparente, público planeado y con igualdad, al que pueden acceder todas las personas o empresas que cumplan con los requisitos establecidos. La contratación estatal es un proceso importante para el progreso de este, por lo que resulta de vital importancia que en todos los procesos que adelanten las diferentes entidades del orden nacional departamental y local se dé estricto cumplimiento a los principios preceptuados en el Estatuto de Contratación y en nuestra Carta Política, garantizando con ello la participación de los ciudadanos para acceder a la contratación pública.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se fundamenta en los principios generales de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva. Los principios de legalidad, igualdad, debido proceso, buena fe, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad, imparcialidad y publicidad se encuentran a su vez desarrollados en dichos principios, en tanto las reglas que en virtud de estos se establecen son aplicación de aquellos postulados constitucionales.

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”. Es decir que tanto en el

caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa, tal como lo menciona el Consejo de Estado mediante Sentencia 24715 del 3 de diciembre de 2007. En este orden de ideas, el Consejo de Estado dejó como precedente qué principios deben regir la contratación en Colombia.

Así las cosas, nos permitimos realizar una breve explicación del alcance de cada uno de los principios establecidos en el Estatuto de Contratación.

Principio de transparencia

El principio de transparencia previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se constituye como el cimiento que resalta el valor de lo público y su contribución en el bienestar de las personas. Gracias al nivel de transparencia con el que se actúa, una administración puede asegurar un trato igual a todos los proponentes, permitiendo así una gestión eficaz de los recursos públicos, garantizando siempre la relación costo-precio y lo más importante es que se convierta en la clave para la prevención de la corrupción en la contratación pública.

Señala Colombia Compra Eficiente que el principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como: a) la igualdad respecto de todos los interesados; b) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; c) la garantía del derecho de contradicción; d) la publicidad de las actuaciones de la Administración; e) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; f) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración.

Conforme a estos parámetros, la Administración, de cara a la actividad contractual, debe materializar su actuar estableciendo reglas claras, preci-

sas y objetivas tendientes a lograr la selección de la oferta más favorable, evitando siempre conductas que violen este principio.

Frente a este principio se convierten en las mejores prácticas:

- a) No obligarse a celebrar contratos futuros con persona determinada.
- b) No adjudicar contratos a una persona que presenta dos propuestas diferentes.
- c) No adjudicar un contrato por medio de una modalidad diferente a la que establece la ley.
- d) Utilizar criterios de evaluación siempre congruentes con los que se establecen en los estudios previos y los pliegos de condiciones.
- e) No omitir las formalidades exigidas para la contratación directa en el Estatuto de Contratación Estatal.
- f) El uso de la plataforma Secop II, para todas las modalidades de contratación, es la mejor forma de materializar el principio de transparencia.

Junto a este principio se ven implícitos los principios de planeación, publicidad y selección objetiva, los cuales desarrollaremos de inmediato.

Principio de planeación

Todo proceso de contratación requiere de planeación con la única finalidad de cumplir los cometidos estatales, es decir que se deben identificar las necesidades, las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos, entre otros aspectos que permitan contratar de acuerdo con las verdaderas necesidades y prioridades que demanda el interés público; consiste en que nada puede ser dejado a la improvisación, salvo las situaciones que se construyen sobre la base de los conceptos de fuerza mayor y el caso fortuito.

La Corte Constitucional colombiana lo ha expresado de la siguiente manera: “El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los

riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos” (Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012, p. 45).

Así pues, la planeación debe ser entendida como un proceso de verificación de una serie de variables y aspectos que conllevan la identificación, delimitación y determinación de lo que sería el objeto del contrato, al igual que los medios para cumplir el objetivo. Por lo tanto, cuando la planeación del proceso contractual es ignorada o no es aplicada de manera rigurosa, se puede afectar, en primer lugar, al objeto y, luego, todo el proceso contractual per se, pues el objeto contractual debe ser libre de errores, determinando o determinable, y posible física y jurídicamente. Omitir dicho deber conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto, siempre y cuando se evidencie que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución del contrato no podrán cumplirse.

Frente a este principio se convierten en las mejores prácticas:

- a) Asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica.
- b) Reconocer los deberes y cargas que tiene la administración pública en relación con la planeación de los proyectos que pretende adelantar con cargo a recursos públicos.
- c) Elaborar el plan anual de adquisiciones, de acuerdo con las metas del plan de desarrollo.
- d) Es preciso definir acertadamente la modalidad contractual que corresponda a la necesidad planteada.
- e) Los estudios del sector deben ser adelantados de conformidad con la guía de Colombia Compra Eficiente.

Principio de publicidad

El principio de publicidad implica que todas las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones a través de los distintos mecanismos previstos en la ley, como comunicaciones, notificaciones o publicaciones, a fin de que sean vinculantes y puedan ser controvertidas por sus destinatarios.

“[...] el principio de publicidad es una garantía constitucional que da seguridad a las relaciones jurídicas⁷; facilita el control ciudadano de las decisiones de las autoridades; permite el ejercicio de varios derechos fundamentales; y contribuye de manera esencial al adecuado desarrollo y realización de los fines del Estado. La materialización de este principio compete primordialmente al legislador –salvo en los casos en que la Carta consagra exigencias puntuales respecto de la publicidad de ciertos actos–, por lo que es al Congreso a quien corresponde en principio establecer o diseñar los mecanismos que considere pertinentes para lograr la adecuada publicación de las decisiones de las autoridades. La jurisprudencia constitucional ha reconocido en este sentido que la publicidad ‘admite diversas formas de realización, que le corresponde definir y establecer al legislador’ [...]”.

La publicación en medios electrónicos debe llenar los siguientes requisitos para que se cumpla el principio de publicidad: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial de las decisiones adoptadas por la Administración; (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control; y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos. En este entendido, el legislador puede estipular diversos medios, ya sean escritos o mediante el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, como aptos para el cumplimiento del principio de publicidad.

En Colombia, los contratos estatales deben ser publicados en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop I/II); la publicación en

7. Sentencia C-646 de 2000.

el Secop permite la presentación de la totalidad del contenido del contrato estatal; el público en general puede tener acceso a esa información, lo que facilita la participación de la ciudadanía.

Para la Corte, la publicación de los contratos estatales en el Secop cumple cabalmente con las exigencias constitucionales de publicidad administrativa. En efecto, permite la presentación de la totalidad del contenido aludido en un medio al que puede tener acceso al público en general, facilitando a los ciudadanos el conocimiento de las actuaciones de la Administración y de los particulares en los procesos de contratación estatal, y permitiendo su participación en las decisiones que les afectan.

Frente a este principio se convierten en las mejores prácticas:

- a) Publicar oportunamente en el Secop.
- b) La publicación de documentos debe ser total y no parcial.
- c) Como se establece que se publicarán en el Secop “los documentos del proceso”, es apropiado considerar publicar “todos” los documentos del proceso, salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

Principio de selección objetiva

A través de este principio se propende por lograr una selección de contratistas imparciales, ajustada exclusivamente a los parámetros de evaluación y calificación establecida en forma clara, concreta y completa por el pliego de condiciones, los cuales deben apuntar automáticamente a la determinación de la oferta que en conjunto ofrece las mejores condiciones para la ejecución del objeto propuesto.

Este principio debe estar incluido en **todos** los procesos de selección, incluida la contratación directa.

Al amparo de este principio, la escogencia de los contratistas se debe realizar sobre la base de criterios claros, objetivos y que no generen

desigualdad entre los proponentes. Se debe efectuar una calificación de las propuestas, atendiendo fielmente el contenido de estas, así como la ponderación precisa y específica de los criterios de selección.

La selección objetiva debe estar presente desde el comienzo de la etapa precontractual, ya que desde los pliegos de condiciones se deben establecer las reglas que servirán de fundamento para la selección del contratista, y que deben obedecer a varios factores, como el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de estos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos.

Con estos postulados de ponderación se genera que existe la necesidad de que en los procesos de contratación haya pluralidad de oferentes, toda vez que para poder hacer análisis de favorabilidad es necesario que existan varias propuestas desde las cuales se pueda hacer un estudio de los factores antes descritos y que se elija al final la propuesta más favorable para la entidad.

Frente a este principio se convierten en las mejores prácticas:

- a) Que la escogencia del contratista esté desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés.
- b) Que la ponderación de los criterios o factores de escogencia se establezca de manera precisa y concreta en el pliego de condiciones.
- c) La propuesta más favorable se debe determinar con arreglo a los diversos factores de selección previamente establecidos en los pliegos.
- d) La adjudicación debe estar precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado, y los estudios y deducciones hechos por la entidad.

Principio de igualdad

El principio de igualdad implica que la ley es igual para todos, y, en consecuencia, el Estado debe garantizar a todas las personas los mismos derechos y oportunidades.

Aplicado este principio a la contratación estatal, es el derecho que tienen todas las personas llamadas particulares de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la Administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás.

Así las cosas, este principio implica, entre otros aspectos, que las reglas deben ser generales e impersonales, exige que desde el principio del procedimiento de proceso de contratación hasta la adjudicación del contrato todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y realizando sus ofertas sobre bases idénticas.

Frente a este principio se convierten en las mejores prácticas:

- a) Adoptar pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los interesados u oferentes.
- b) Prohibir la modificación de los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación, y, como contrapartida, que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas.
- c) Evaluar todas las propuestas por parte de la Administración.
- d) Aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos en los documentos previos sin que le sea dable valorar con mayor exigencia determinadas propuestas o variar los criterios de evaluación.

Principio de libre concurrencia

Este principio busca permitir el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar. Este principio también implica el deber de abstención para la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al

procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la ley.

La libre concurrencia conlleva, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación; es así que este principio no es absoluto, pues la entidad pública contratante, en aras de garantizar el interés público, dentro de los límites de la Constitución y la ley, está facultada para imponer ciertas limitaciones, tales como exigencias de capacidad financiera y jurídica, así como requisitos técnicos que aseguren el cumplimiento total del alcance del objeto contractual con el fin de que la Administración cumpla con los fines definidos en la ley y la Constitución en pro del interés general.

Frente a este principio se convierten en las mejores prácticas:

- a) Establecer limitaciones de carácter técnico financiero y jurídico razonables y proporcionadas, de tal forma que no impidan el acceso al procedimiento de selección.
- b) Fijar plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes.
- c) Publicidad de todos los documentos previos con los términos correspondientes.
- d) Pluralidad de oferentes tanto al cierre del proceso como al momento de la adjudicación.
- e) Definir criterios generales para la determinación de los indicadores e índices financieros con base en las condiciones del mercado, utilizando como referencia las bases de datos del Sirem o similares, estableciendo indicadores proporcionales que garanticen pluralidad de oferentes en los procesos contractuales.

En caso de ambigüedad en las reglas establecidas en el pliego, siempre debe favorecerse la interpretación que beneficie a los proponentes.

Principio de previsibilidad

Implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación, lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad.

Todos los contratos del Estado llevan implícito el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas.

Frente a este principio se convierten en las mejores prácticas:

- a) Identificar las variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos.
- b) Utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad.
- c) Evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.
- d) Advertir oportunamente los riesgos que puedan afectar la eficacia del contrato y tomar las medidas necesarias para mitigarlos.
- e) Cuando la naturaleza y objeto del proceso lo requieran, y aun cuando la modalidad de selección no lo exija, establecer en el desarrollo del proceso de contratación audiencias de aclaración al pliego de condiciones y revisión de riesgos del proceso.

Capítulo IV

Planeación contractual

El principio de la planeación se refiere a las actividades previas al proceso contractual; su finalidad es determinar de forma precisa la necesidad que se pretende satisfacer, los recursos disponibles, el objeto por contratar, el impacto potencial, siempre con el objetivo de corresponder de manera oportuna y eficiente a la atención del interés general de la comunidad.

Este pilar de la contratación se materializa en disposiciones legales, reglamentarias y de buenas prácticas que imponen un procedimiento a cargo de las entidades del Estado a partir de la verificación de la necesidad, la apropiación de los recursos suficientes para el pago de las obligaciones del contrato estatal, la elaboración de estudios para determinar con precisión los escenarios de la gestión contractual proyectada, incluyendo la elaboración de estudios y diseños, la elaboración de pliegos de condiciones con reglas claras y objetivas que propicien la pluralidad de oferentes y permitan la selección más favorable tanto para la Administración, en la ejecución transparente de los recursos públicos, como para la comunidad, que espere la atención oportuna y eficiente de la necesidad planteada.

El principio de la planeación ha tenido una notable evolución en la dinámica de la gestión contractual hasta alcanzar especiales obligaciones en cabeza de la administración pública tendientes a racionalizar los recursos públicos mediante una adecuada, planeada y organizada gestión pública.

Planear es tener una proyección, una ruta previamente trazada, un cronograma, algo de lo cual se dispone antes de empezar una obra pública.

Planificar, en cambio, está relacionado con la optimización de recursos para hacerlos alcanzar, de llevar a cabo un objetivo con los medios con que se cuenta, de ejercer un control sobre ejecutores, acciones e insumos, paso

a paso, durante las diferentes etapas del desarrollo de la obra pública; es desplegar una estrategia económica para hacer rendir al máximo los medios con que se cuenta, ante necesidades que generalmente exceden los recursos asignados.

Con base en las instrucciones de Colombia Compra Eficiente, la etapa de planeación contractual comprende actividades que ayuden a identificar las necesidades y proyectar las acciones que permitan su atención mediante el diseño, elaboración y ejecución de procesos contractuales.

La planeación, entendida como la organización lógica y coherente de las metas y los recursos para desarrollar un proyecto, es pilar de la contratación estatal.

El Estado, al contratar bienes y servicios para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales, no solamente invierte los recursos públicos, sino que genera empleo y desarrollo en todos los niveles y sectores de la economía. De allí la importancia de que esta actividad contractual sea el fruto de la planeación, el control y el seguimiento por parte de los servidores públicos.

La etapa precontractual, es decir, la que antecede a cualquier contratación, determina, en buena medida, el éxito o el fracaso de los procesos de selección o de los contratos que se suscriban. Planear, en materia de contratación estatal, implica no solo contar con un plan que consolide y priorice las adquisiciones de la entidad, con fundamento en las necesidades técnicamente diagnosticadas, sino que exige la realización de una serie de estudios y análisis orientados a establecer mecanismos económicos, transparentes y adecuados para satisfacer dichas necesidades.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 31 de agosto de 2006, Radicación R-7664, se refirió también al principio de planeación en la contratación estatal, así:

“[...] Al respecto conviene reiterar que en materia contractual las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: i) La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato. ii) Las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja. iii) Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc. iv) Los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto. v) La disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato. vi) La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores [...]”.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, frente al alcance del principio de planeación, se ha referido en los siguientes términos:

“[...] El principio de planeación es una manifestación del principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como se desprende de lo dispuesto en los numerales 6, 7 y 12 a 14 de esta disposición. El principio de planeación busca garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación, en consecuencia, en virtud de este principio, cualquier proyecto que pretenda adelantar una entidad pública debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica [...]”.

La planeación, por lo tanto, sin importar el régimen contractual al cual esté sometida una entidad pública, tiene dos expresiones normativas claras: la elaboración del plan de compras y el desarrollo de los estudios previos.

Plan de desarrollo

El plan de desarrollo nacional, departamental o municipal es el instrumento formal y legal por medio del cual se trazan los objetivos de las entidades públicas, en el que se determinan las metas, proyectos e inversiones para el logro de tales objetivos, incorporando indicadores que permiten su seguimiento y evaluación.

El plan de desarrollo es la herramienta fundamental que orienta la ejecución de los recursos públicos mediante los procesos contractuales conforme al presupuesto aprobado para la entidad y constituye el punto de partida de la contratación en el período de gobierno para la elaboración del plan anual de adquisiciones.

La identificación de las metas, planes y programas en el plan de desarrollo de la entidad, así como la evidencia de los resultados alcanzados respecto de su cumplimiento, son aspectos determinantes que deben incluirse en los estudios previos para justificar la necesidad y la inversión por realizar con el proceso contractual que se proyecta llevar a cabo.

Plan anual de adquisiciones

El plan anual de adquisiciones es el instrumento de planeación de la actividad contractual de las entidades públicas y tiene como principal finalidad identificar, registrar, programar y divulgar las necesidades que tiene la entidad en materia de adquisición de bienes, obras y servicios.

De acuerdo con la normatividad vigente, las entidades estatales deben elaborar un plan anual de adquisiciones con el fin de describir los bienes, obras y servicios que se pretendan adquirir durante cada vigencia, según los lineamientos y los formatos que fije Colombia Compra Eficiente.

El plan sirve para identificar la necesidad, así como el bien, la obra o servicio que la debe suplir, el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la entidad pagará el bien, obra o servicio, la

modalidad de selección del contratista y la fecha aproximada de inicio del proceso de selección.

Este plan deberá publicarse a más tardar el 31 de enero de cada año en la página web de la entidad y en el Secop o en la plataforma que Colombia Compra Eficiente disponga para el efecto.

Será obligación de la entidad actualizar el plan anual de adquisiciones con corte a 30 de julio de cada año y de manera obligatoria cuando:

- 1) existan ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos;
- 2) para incluir nuevas obras, bienes y servicios;
- 3) para excluir obras, bienes y servicios;
- 4) si es necesario modificar el presupuesto anual de adquisiciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015.

La publicación inicial del plan anual de adquisiciones y las actualizaciones que sean necesarias deben estar a cargo del grupo interno de trabajo de contratación, que debe conformarse dentro de cada dependencia, definiendo responsables y los respectivos roles del proceso.

La publicación o actualización del plan anual de adquisiciones (PAA) es fundamental para la gestión de procesos contractuales mediante la plataforma Secop II y constituye el punto de partida para su realización.

Si la entidad estatal está registrada en el Secop II, la práctica para la elaboración y aprobación del plan anual de adquisiciones es la siguiente:

- 1) Cree un equipo para el PAA y asigne un usuario aprobador.
- 2) En la barra negra del Secop II, en la pestaña 'Procesos' busque 'PAA' y descargue la plantilla.

- 3) Diligencie la plantilla utilizando los códigos del Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas.
- 4) Una vez diligenciada, cargue la plantilla. El Secop II le informará si existen errores de cargue e indicará en qué línea están los errores.
- 5) No se puede cargar un documento Excel distinto a la plantilla del Secop II.
- 6) El usuario que tiene la atribución de aprobar en la plataforma y publicar el plan es quien debe aprobar y publicar el plan anual de adquisiciones. Si la entidad estatal no está registrada en el Secop II, debe registrarla previamente, así:
- 7) Designe un usuario administrador, el cual debe estar autorizado por el ordenador del gasto.
- 8) Solicite al usuario administrador que se registre en el Secop II y que cree la cuenta.

Como herramienta de planeación contractual, el plan anual de adquisiciones debe ser estructurado y consolidado con la anticipación suficiente de manera que garantice la realización de los procesos contractuales desde el primer mes de la vigencia fiscal correspondiente.

Planeando la contratación

Del estudio previo

Las entidades públicas, en virtud del principio de planeación, están obligadas a la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente documentados y soportados antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre otros aspectos relevantes:

- La necesidad de la celebración del respectivo contrato.
- Las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja.
- Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya

contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos.

- Los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales del mercado, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, que se requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto.
- La disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato.
- La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante, para lo cual se recomienda generar invitaciones de acuerdo con el sector mediante la plataforma transaccional Secop II.
- Los procedimientos, trámites, requisitos, licencias, permisos y autorizaciones que deban gestionarse y obtenerse previamente para llevar a cabo la selección del contratista.

Los estudios deben ser preparados con anterioridad a la convocatoria formulada a los oferentes para que presenten la cotización, con el fin de determinar con precisión las cantidades de obra por ejecutar, el alcance de los trabajos requeridos, el plazo real de su ejecución y el costo que demanda su instalación.

Es fundamental tener en cuenta que, con base en los principios de igualdad, equilibrio, de la ecuación contractual, la entidad pública debe responder por las variaciones o modificaciones del contrato inicial que generen mayor inversión de recursos por parte del contratista, y su efecto no puede desconocerse.

En cumplimiento del principio de planeación y previamente a la suscripción del contrato o cuando se vaya a iniciar el proceso de contratación,

cada dependencia deberá verificar la conveniencia de adelantar la adquisición del bien, obra o servicio, cómo se relaciona con las metas establecidas en el plan de desarrollo, verificando su inclusión o actualización en el plan anual de adquisiciones.

La descripción de la necesidad debe detallar en forma clara, expresa y objetiva las razones por las cuales se requiere la contratación, de tal manera que en esta se puedan soportar los demás elementos y requerimientos tanto del proceso de contratación como del futuro contrato, presentando integralmente los siguientes elementos:

- Justificación de la necesidad que se pretende satisfacer, indicando la relación con las metas del plan de desarrollo.
- Focalización de la población que se va a beneficiar con el proceso de contratación que se proyecta.
- Presentación y análisis de las opciones mediante las cuales es posible satisfacer la necesidad.
- Análisis y determinación de la opción más favorable que será seleccionada para satisfacer la necesidad planteada.
- Verificación de que la necesidad se encuentra incluida en el plan anual de adquisiciones de la entidad o gestionar su inclusión a través del ajuste respectivo, antes de su suscripción.
- Justificación de la relación existente entre la contratación por realizar y la naturaleza de los recursos o rubro presupuestal seleccionado.

Los aspectos aquí relacionados constituyen lineamientos por considerar para obtener una adecuada descripción de la necesidad y en ningún caso deben considerarse como puntos a los cuales debe darse respuesta en forma individual.

Por estudios previos se entiende el conjunto de documentos que en la etapa precontractual le permiten a la entidad establecer la conveniencia y oportunidad de realizar una contratación.

Los estudios previos son el insumo esencial para la elaboración de la invitación pública, el pliego de condiciones y del contrato por suscribir, según corresponda, por lo que deben ser coherentes y consecuentes en todos los documentos del proceso.

Los estudios previos deberán justificar de manera suficiente cuando en los pliegos de condiciones se establezca un puntaje mínimo que una oferta debe recibir para ser considerada elegible, así como las condiciones máximas que deben acreditarse, para evitar concentrar en unas pocas firmas la posibilidad de ser adjudicatarias.

En el proceso de gestión contractual, es importante identificar responsables y roles de acuerdo con las actividades por efectuar conforme a los componentes jurídico, técnico y financiero durante las distintas etapas del proceso, por lo que se recomienda tener en cuenta que esta debe ser consecuente con la organización interna de cada entidad o dependencia.

Conforme con la naturaleza del proceso por realizar, es fundamental incluir en el estudio previo, así como en sus obligaciones, lo relacionado con el cumplimiento de las normas asociadas con seguridad y salud en el trabajo para contratistas, proveedores y subcontratistas que establezcan vínculos con la entidad. En la adquisición de bienes, precisar además lo relacionado con ingresos al almacén y entrega de bienes a terceros de acuerdo con la normatividad vigente y los procedimientos internos de cada entidad.

Adicionalmente, se debe incorporar la estrategia de compras públicas sostenibles adoptada por la entidad o con base en los instructivos generados por Colombia Compra Eficiente. En todo caso se debe tener en cuenta que una compra es sostenible cuando satisface la necesidad y contribuye a la protección del medio ambiente y la reducción en el consumo de recursos.

Con base en los principios de planeación contractual y de anualidad presupuestal, es necesario prever las acciones necesarias para garantizar

el cumplimiento de las obligaciones de los contratos conforme a los plazos estipulados y al respectivo cierre de la vigencia fiscal.

La Procuraduría General de la Nación recomienda a todas aquellas entidades con régimen de contratación distinto al planteado en el estatuto actual determinar los procedimientos y requisitos generales y específicos que deben cumplirse de forma previa a la contratación. Dentro de los estudios previos también deben incluirse los aspectos contractuales exigidos por las normas civiles y comerciales, como el caso de la compraventa de inmuebles o muebles sujetos a registro, o por legislaciones especiales, como la ambiental.

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 determinó como obligación a cargo de las entidades públicas que se rigen por el Estatuto Contractual la de publicar en el Portal Único de Contratación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) los estudios previos de los procesos de selección que adelanten.

En el caso del concurso de méritos, no se publicará el detalle del análisis de precios y, en el caso del contrato de concesión, no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración. Esto garantiza mayor transparencia en la gestión y permite a los interesados en contratar con el Estado comprender fácilmente el alcance del pliego de condiciones o su equivalente y elaborar su oferta ajustada a la necesidad real que se pretende satisfacer.

Análisis del sector

El análisis del sector hace parte de la planeación del proceso contractual por realizar y materializa los principios de planeación, responsabilidad y transparencia.

Durante la etapa de planeación, la entidad debe llevar a cabo el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de

contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo, dejando la constancia del ejercicio realizado en los documentos del proceso.

El alcance del estudio de sector debe ser proporcional al valor del proceso, a la naturaleza del objeto por contratar, a la modalidad contractual, al tipo de contrato y a los riesgos identificados para el proceso de contratación.

El análisis del sector debe comprender los siguientes aspectos esenciales:

Análisis del sector económico

En él se revisan productos incluidos en el sector objeto del análisis, agentes que lo componen, gremios y asociaciones que lo integran, cifras totales de ventas, perspectivas de crecimiento, inversión y ventas, variables económicas que lo pueden impactar positiva o negativamente, como la inflación, variación del SMLV, tasa de cambio, cadena de producción; procesos de distribución, materias primas necesarias para la producción y variación de sus precios; dinámica de importaciones, exportaciones y contrabando, en caso de que aplique. Dependiendo del proceso, el ejercicio debe efectuarse con alcance local, regional, nacional o internacional.

Análisis del sector técnico

Aquí se recomienda incluir aspectos técnicos que incidan en la realización del proceso contractual, como son cambios e innovación tecnológica, oferta y demanda de productos de las características requeridas, especificaciones de calidad, condiciones especiales para la entrega (cadenas de frío, sistemas de vigilancia, etc.), tiempos estimados de entrega.

Análisis del sector regulatorio

Revisar el espectro regulatorio aplicable al objeto del proceso de contratación, teniendo en cuenta la influencia en el mercado del bien, obra o servicio; dinámica normativa e impacto sobre los objetos y sujetos del proceso, normas técnicas nacionales e internacionales aplicables al proceso,

autoridades regulatorias o de vigilancia, autorizaciones, licencias, permisos, regulaciones, entorno ambiental, social, político u otro si es conveniente y relevante para conocer el sector.

Estudio de la oferta

¿Quién vende? Este ejercicio debe permitir obtener el mejor estado del arte respecto de proveedores en el mercado del bien, obra o servicio, tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero, verificar posibles riesgos de colusión, capacidad de negociación de los proveedores según el número de competidores.

Este ejercicio se puede soportar con la consulta en bases de datos, sistemas de información, Secop II, cámaras de comercio y gremios de la producción, toda vez que se trata de determinar indicadores, como costos asociados a determinados procesos o sectores de la producción, formas de distribución, dinámica del mercado, cadenas de producción, distribución o suministro, ciclo de vida del bien, obra o servicio.

El estudio de la oferta permite determinar, de acuerdo con el objeto por contratar y el sector, si se trata de un proveedor, fabricante, importador, ensamblador, distribuidor mayorista, distribuidor minorista, intermediario, transportador, además del comportamiento y perspectivas de cambio en los precios según la dinámica del mercado.

Estudio de la demanda

¿Quién compra? Para obtener el mejor análisis, se puede iniciar por verificar en el histórico de procesos con objetos similares aspectos como modalidad de selección del contratista en procesos similares, posibles objetos de acuerdo con la necesidad que se pretende atender, potenciales cantidades del bien, obra o servicio en el mercado, autorizaciones, permisos y licencias requeridas para su ejecución, documentos técnicos para el desarrollo del proyecto, valor de los contratos similares y formas de pago, cantidad de contratos suscritos para el efecto y vigencias de

estos, naturaleza de los recursos con cargo a los cuales se han ejecutado los contratos (inversión o funcionamiento), si se aplicaron vigencias futuras, oferentes que han participado en los procesos de selección y contratistas, comportamiento de los contratistas, posibles incumplimientos e imposición de sanciones, condiciones de pago establecidas en los contratos, cronogramas, tiempos y lugares de entrega acordados, garantías exigidas, riesgos y siniestralidad.

En este ejercicio se deben seleccionar las mejores prácticas (cuando en el proceso de contratación hubo competencia de ofertas, el contratista cumplió y la ciudadanía recibió oportunamente el bien, obra o servicio).

Así, se recomienda revisar en el Secop la información pertinente para el proceso de contratación, como son: especificaciones técnicas, requisitos habilitantes, experiencia, método de evaluación de ofertas, modalidades de contratación utilizadas, información histórica de la demanda, tener precisión de las cantidades que requiere adquirir para atender la necesidad planteada, consultar aproximaciones históricas respecto de adiciones o sobreestimación de la demanda, selección de proveedores en anteriores procesos, revisar indicadores de calificación de potenciales proveedores de acuerdo con el sector y objeto del contrato, verificar indicadores o variación de los precios (inflación, tasa de cambio, etc.), consultar procesos contractuales similares o comparables realizados por entidades del sector público y privado.

Para este ejercicio es necesario tener en cuenta que para la construcción del estudio se trata de tomar referencias, por lo que no se debe copiar literalmente información de otros procesos.

Valoración estadística para determinación de indicadores del proceso contractual

A mayor información estadística recopilada, mayor será la confianza en las conclusiones del análisis. Una muestra con pocos datos genera

conclusiones deficientes, el sector no queda suficientemente representado, mostrando datos típicos cuando no lo son.

En este ejercicio se deben consultar los sistemas de información y establecer comunicación con los posibles proveedores. Un dato atípico es numéricamente distante de la mayoría de los datos de la muestra, por lo que para llegar a conclusiones sobre el comportamiento del universo al cual pertenece la población estadística se recomienda utilizar el método inductivo: conclusiones generales a partir de premisas particulares.

Análisis de la estadística

Para entender el comportamiento de los datos que componen la muestra, existen medidas de tendencia central y dispersión que permiten hacer inferencias sobre su comportamiento, como son:

Promedio o media aritmética

Es la suma de todos los valores y se divide el resultado por el número total de observaciones. Esta medida es muy sensible a generar datos atípicos. En este caso no basta con estudiar el promedio.

Mediana

Es el valor que ocupa la posición central en una muestra. Los datos se ordenan de menor a mayor y se identifica el que ocupa la posición central.

Con muestra par, la mediana es el promedio de los dos valores centrales. Con muestra impar, es el valor de la mitad de la muestra. A diferencia de la media, la mediana no es afectada por la presencia de datos atípicos.

Por ser una medida de ubicación o posición, se recomienda que sea una variable complementaria, la cual puede brindar información útil si es comparada con la media.

Media podada

Utiliza el promedio pero quitando de la muestra un cierto porcentaje de datos extremos. Los datos se ordenan de menor a mayor, excluyendo los

datos más pequeños y más grandes. Se calcula el promedio de los datos restantes y el resultado es la media podada. La media podada permite una buena aproximación cuando se observan datos atípicos.

Los datos atípicos de indicadores pueden representar bien sea un muy buen comportamiento o un muy mal comportamiento del indicador respecto a la mayoría de los datos. En todo caso, es importante depurar los datos que representen el indicador de proveedores que, a pesar de mostrar un comportamiento atípico respecto al resto, estarían en capacidad de ejecutar el contrato.

Fallas recurrentes en estudios del sector

En la construcción de estudios del sector es posible determinar fallas recurrentes que se deben superar para alcanzar los mejores resultados en la construcción de procesos públicos eficientes y transparentes, algunas de ellas:

- Que no exista un formato estandarizado y preestablecido por la entidad para la elaboración de estudios previos o que se modifiquen los establecidos.
- Que no se incluya el análisis de riesgos o que se utilice un análisis de riesgo que no corresponda a la modalidad planteada.
- Que el valor del convenio o contrato no se soporte con un ejercicio de costeo que permita determinarlo.
- Que en los procesos de mínima cuantía se determine el valor estimado del contrato con base en el promedio de tres cotizaciones cuando por la naturaleza del contrato la recomendación es tomar el menor valor para no generar datos atípicos.
- Que se limiten los tiempos para la experiencia requerida al contratista o que esta se restrinja a contratos con entidades públicas. Que en las obligaciones se pacten pagos contra la entrega de un cronograma o contra la firma del acta de inicio.

Licencias y permisos ambientales

En este sentido, es preciso tener en cuenta que cuando la Administración vaya a contratar la realización de obras que requieran licencia ambiental, no siempre es necesario contar con esta antes de iniciar el proceso de selección, ello depende del objeto de la contratación, por lo que la decisión de la oportunidad en la entrega de la licencia debe estar suficientemente soportada y documentada en los estudios previos. La licencia solo se exigirá previamente a la firma del contrato, cuando el objeto de este sea la construcción de obra.

El artículo 48 de la Ley 734 de 2002 no modifica las normas ambientales ni las de contratación pública, por el contrario, su interpretación debe hacerse en armonía con la Ley 99 de 1993 y la Ley 80 de 1993, toda vez que estos ordenamientos disponen que la licencia ambiental se hace exigible para la construcción de la obra, previa elaboración de los respectivos estudios y diseños, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta consulta.

Apropiaciones presupuestales

A este respecto, el Decreto 111 de 1996 establece en su artículo 71:

“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

[...] Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones”.

Con base en la norma citada, es necesario tener claridad en los siguientes conceptos:

El registro presupuestal: consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin.

Este registro no es un requisito de existencia del contrato estatal, por lo que una entidad pública no puede argumentar la inexistencia de un contrato por no haberse constituido el registro presupuestal, ya que la Ley 80 de 1993 establece que el contrato se perfecciona cuando se realiza un acuerdo por escrito del objeto y la contraprestación.

De esta forma, el registro presupuestal no es un requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, sino un requisito para su ejecución, y es necesario para que se destine efectivamente el presupuesto de la entidad al cumplimiento de sus obligaciones; por lo tanto, una entidad pública puede perfeccionar un contrato sin contar con dicho registro, pero no generarlo constituye una clara vulneración a los principios de planeación y legalidad.

A pesar de que la ausencia de la operación de registro presupuestal no tiene la virtualidad de afectar la existencia, la validez o la eficacia del contrato, sí comporta el incumplimiento de una obligación legal que genera una responsabilidad personal del funcionario que omite realizarla.

El certificado de disponibilidad presupuestal: es un escrito expedido por el jefe de presupuesto de la entidad –o quien haga sus veces– con el cual

se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos y la atención de los gastos derivados de estos, afectándose preliminarmente el presupuesto de la respectiva vigencia fiscal, mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal.

Este certificado no constituye un requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato estatal, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la Administración, es de carácter previo incluso a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa.

La negligencia, improvisación, omisión y falta de planeación de la Administración, al no contar con la disponibilidad presupuestal exigida, no es excusa para desconocer las obligaciones económicas a su cargo, sobre todo cuando el contratista asume de buena fe nuevas obras que fueron autorizadas por la entidad para que el contrato no se paralice.

Así, la regla general es que el término de ejecución de un contrato estatal no debe extenderse más allá de su vigencia fiscal anual (Decreto 111 de 1996, artículo 14), no obstante, existen excepciones al principio de anualidad del gasto previstas en la ley que deberán ser contempladas por la entidad si se encuentran inmersas en una de ellas (Decreto 111 de 1996, artículo 89; Ley 819 de 2003, artículo 8º y artículo 10, inciso 2).

Reservas presupuestales y cuentas por pagar: al cierre de la vigencia fiscal cada entidad constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación.

Las reservas presupuestales solo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen. Igualmente, cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios.

Consulta comunidades

Se trata de un derecho que poseen las comunidades de protección especial, definidas en la Constitución Política, como son los pueblos indígenas; su finalidad es la de preservar estas comunidades con su identidad cultural, social, económica y étnica.

Este concepto se fundamenta en la garantía de participación en procesos legislativos, administrativos, obras, proyectos o actividades que afecten directa o específicamente su integridad étnica o subsistencia como grupo social y que a futuro puedan llegar a tener para lograr una preservación después de estas actividades de alto impacto social.

Como lo establece la Sentencia T-376 de 2012) de la magistrada ponente María Victoria Calle Correa, la consulta previa integra las siguientes obligaciones: “En primer término, la regla general de consultar a las comunidades originarias, previa la adopción de medidas administrativas o legislativas que las afecten directamente; en segundo lugar, la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernen; y finalmente, la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos”.

Esta providencia define la consulta previa en concordancia con el Convenio 169 de la OIT diciendo lo siguiente en materia de principios:

“El literal 2 del artículo 6º plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados. Sin embargo, el artículo 6º del citado convenio no constituye una disposición aislada, debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del convenio que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión que les concierna, y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y los estados parte del convenio, algunas de las cuales se destacan a continuación: El artículo

5° ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para allanar sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su participación y cooperación, el artículo 7° plantea la obligación de garantizar su participación en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo por un mejoramiento de sus condiciones de salud, trabajo y educación, y la de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la participación y cooperación directa de los pueblos interesados; el artículo 4° establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos expresados de forma libre”.

En conclusión, la consulta previa se basa en principios de autodeterminación, participación, consentimiento previo, libre e informado, que garantizan la conservación cultural y étnica de estos grupos como sujetos de derechos.

Riesgos de contratación

En el estudio previo se debe incluir el análisis de riesgo de acuerdo con el Conpes 3714 de 2012 y el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente, el cual establece que la estructura básica de una matriz de riesgos debe incluir como elementos esenciales: definición, asignación, cuantificación, evaluación del posible impacto y probabilidad de ocurrencia, además de mecanismos de mitigación.

Adicionalmente, en los procesos de licitación pública, la entidad debe adelantar una audiencia de asignación de riesgos en la cual se debe presentar el análisis efectuado junto con la matriz de riesgos incluida en los pliegos. Durante la audiencia es necesario que se haga énfasis y se dejen las constancias necesarias respecto de la identificación y asignación de riesgos.

En todos los procesos de contratación, incluyendo las tipologías contractuales de convenio especial de cooperación y los contratos para la administración de proyectos previstos en el Decreto-Ley 591 de 1991, se

debe efectuar una adecuada administración o manejo del riesgo, la cual debe cubrir desde la planeación hasta la terminación de acuerdo con el plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien cuando esto aplique.

Respecto de los riesgos identificados para el proceso, la entidad debe llevar a cabo un monitoreo constante considerando que estos son altamente variables; este ejercicio debe permitir:

- Garantizar que los controles sean eficaces y eficientes en el diseño y en la operación.
- Obtener información adicional para mejorar la valoración del riesgo.
- Analizar y aprender lecciones a partir de los eventos, los cambios, las tendencias, los éxitos y los fracasos.
- Detectar cambios en el contexto externo e interno que puedan exigir revisión de los tratamientos del riesgo y establecer un orden de prioridades de acciones para dicho tratamiento.
- Identificar nuevos riesgos que pueden surgir.

Para estimar el impacto y la probabilidad de ocurrencia de un evento que afecte de manera negativa el proceso de contratación, es una buena práctica considerar fuentes de información como:

- Registros anteriores de la ocurrencia del evento en procesos de contratación propios y de otras entidades.
- Experiencia relevante propia y de otras entidades estatales.
- Prácticas y experiencia de la industria o el sector en el manejo del riesgo identificado.
- Publicaciones o noticias sobre la ocurrencia del riesgo identificado. Opiniones y juicios de especialistas y expertos.
- Estudios técnicos.

Los mecanismos de cobertura de riesgos establecidos para el sistema de compra pública son:

- 1) Contrato de seguro.
- 2) Patrimonio autónomo.
- 3) Garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*.

La selección del mecanismo de cobertura o garantía depende del análisis de riesgo que realice la entidad durante la etapa de planeación.

En todo caso, la entidad debe seleccionar la opción más favorable para asignación y tratamiento del riesgo con base en el análisis y priorización realizada, teniendo en cuenta el costo y el beneficio de las acciones identificadas para el tratamiento del riesgo.

En este sentido, la práctica contractual permite identificar que en la mayoría de los casos una combinación de opciones permite el mejor resultado, incorporando acciones o actividades específicas para responder a los eventos, como son cronogramas, recursos (personal, información) y presupuesto, responsabilidades, necesidades de informes, reportes y monitoreo.

Es fundamental tener en cuenta que en esta materia no se pueden asignar al contratista riesgos imprevisibles, y el riesgo previsible debe ser asignado con base en la información entregada por la entidad y bajo la premisa de adjudicarlo a la parte que se identifique como mejor preparada para soportarlo y/o mitigar los efectos de su ocurrencia, los riesgos asumidos por el contratista deben preverse económicamente en el presupuesto del proyecto.

En ningún caso, el interventor deberá asumir riesgos derivados de acciones de terceros (diseñador, constructor o decisiones autónomas del contratante), y esto debe quedar expreso en las cláusulas de los contratos de interventoría.

Será excepcional y deberá justificarse de manera suficiente la exigencia de póliza de seriedad en los contratos de mínima cuantía, por lo cual tampoco podrá ser incorporada la ausencia de este documento como causal de rechazo.

Los componentes de la garantía de cumplimiento deben corresponder a los manejos del objeto, tiempo y presupuesto, de tal manera que se asegure la proporcionalidad de los amparos exigidos en los pliegos, y su aprobación por parte de la entidad no puede estar condicionada a la presentación de una constancia de pago de la póliza o la constitución de una fiducia. En esta garantía se deben incluir los perjuicios que pueden derivarse del incumplimiento parcial o total, o del cumplimiento tardío o defectuoso del contrato.

La entidad se debe comprometer con la adecuada operación y mantenimiento de la obra o servicio contratado para evitar reclamaciones o riesgos originados en su propia ineficiencia, teniendo en cuenta que esta apreciación no aplica para contratos de concesión. Así, la entidad deberá tener previsto el mantenimiento futuro, de forma que garantice la vida útil estimada del proyecto.



Capítulo V

Selección de contratistas

Apertura del proceso

De conformidad con las prácticas expuestas hasta ahora, la apertura del proceso debe venir precedida de una serie de verificaciones y análisis que deben ser evaluados para proceder a iniciar el proceso; para tales fines, antes de realizar esta actividad, debemos revisar los siguientes puntos:

- a) ¿Se cuentan con las licencias, permisos y autorizaciones que se requieren para adelantar el proceso contractual?
- b) ¿Se respondieron de fondo todas las observaciones que se presentaron durante la publicación del proyecto de pliego de condiciones y, en caso de haber respondido de forma positiva, se hicieron los ajustes correspondientes?
- c) ¿Son claras las especificaciones técnicas, los criterios de evaluación y todos los ítems que conforman el estudio previo y esto se ve reflejado en el pliego de condiciones?
- d) ¿El análisis de riesgos es completo y servirá como herramienta para resolver inconvenientes en el futuro en caso de que se materialice?
- e) ¿Contamos con la disponibilidad presupuestal para abrir el proceso?
- f) ¿Los requisitos habilitantes, los criterios de evaluación y la justificación del valor corresponden al estudio del sector realizado?

El pliego de condiciones o los términos de referencia

El Consejo de Estado definió el pliego de condiciones como un acto reglado y reglamentario del procedimiento de contratación estatal, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento, como son la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria⁸.

⁸. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre de 2014. Exp. 34.778, C. P. Hernán Andrade Rincón.

El pliego debe contener de forma clara los elementos prescritos en el artículo 2.2.1.1.2.1.3- del Decreto 1082 de 2015, que dispone:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la entidad estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
8. Los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes contratantes.
9. Las garantías exigidas en el proceso de contratación y sus condiciones.
10. La mención de si la entidad estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un acuerdo comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la entidad estatal puede expedir adendas.
14. El cronograma.

Pliegos tipo

Son los documentos adoptados por el gobierno nacional que incluyen las condiciones habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia de carácter obligatorio para las entidades estatales

sometidas al régimen general de contratación pública respecto de un tipo de contrato determinado.

¿Cuáles son los documentos tipo?

Los documentos tipo están constituidos por un documento principal (pliego de condiciones tipo o documento base) que constituye la columna vertebral de estos. Este documento está acompañado por anexos, formatos, formularios y matrices, de la siguiente manera:

- En el escenario en el que el proceso de contratación sea distinto a obra pública de infraestructura de transporte, las entidades estatales pueden usar los requisitos incluidos en los documentos tipo como buenas prácticas, efectuando los ajustes necesarios de acuerdo con el alcance del objeto a contratar.
- La elaboración de los documentos tipo requiere un amplio trabajo de coordinación jurídica, técnica y económica, por lo cual su implementación es progresiva.

1. Respuesta a observaciones

Las observaciones de los proponentes son muy importantes para la depuración y mejoramiento del proceso contractual, toda vez que con los proponentes pueden enriquecer el proceso con la experiencia que tienen y por los conocimientos especializados que poseen de los bienes y servicios por adquirir, razón por la cual se deben analizar en detalle las observaciones presentadas y argumentar de forma suficiente las respuestas, teniendo como argumentos principales el estudio del sector realizado, el conocimiento del mercado y las consideraciones expuestas en el estudio previo.

Las observaciones deben ser resueltas en un formulario de preguntas y respuestas, el cual debe estructurarse de forma clara, se debe copiar la pregunta y proceder a dar la respuesta de fondo, y, en caso de que esta lleve a una adenda, así deberá ser contemplado.

2. Adendas

Las adendas son una herramienta esencial que posee la entidad para corregir, mejorar, adecuar los pliegos de condiciones e invitaciones públicas, con el fin de garantizar que con el proceso contractual se satisfaga la necesidad planteada en el estudio previo.

Las adendas deben ser claras, es decir, deben indicar de forma inequívoca qué numeral o parte del pliego modifican o adicionan y cómo quedará esta, no dejando a interpretación la integración del pliego de condiciones.

Las motivaciones que llevaron a la adenda deben estar incluidas en el formulario de preguntas y respuestas no en la misma adenda, toda vez que esta debe ser lo más clara posible con el fin de evitar confusiones por la extensión que puede llegar a tener el documento.

La adenda solo debe contener la alusión a la modificación o adición que se pretende realizar a una parte del pliego y debe reflejar de forma inequívoca como quedará este.

No obstante el carácter definitivo que tiene la información de los pliegos de condiciones, estos pueden ser modificados más adelante, en el curso del proceso, mediante adendas.

Las adendas pueden cambiar aspectos de los pliegos que no sean determinantes, por ejemplo, pueden cambiar la hora de entrega de las propuestas finales, o pueden abrir la posibilidad de que un material no previsto inicialmente sea utilizado en la elaboración de lo que la entidad requiere. Debe tenerse en cuenta que mediante adendas no se pueden cambiar asuntos sustanciales, como son el objeto del contrato, el mecanismo de selección y el presupuesto. Las adendas deben ser objeto de publicidad, las reglas de juego del proceso contractual no pueden variar a espaldas de los eventuales interesados.

Las modificaciones que se hagan por medio de la adenda solo se podrán llevar a cabo hasta máximo tres días hábiles antes de la fecha de cierre prevista para el caso de la licitación y hasta un día antes del cierre en las demás modalidades de selección en las que se requiera la utilización de pliegos de condiciones. En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la adenda deberá incluir el nuevo cronograma de tiempo.

3. Subsanción en los procesos de contratación

Colombia Compra Eficiente⁹, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación, el parágrafo 1 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, ha dispuesto que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo y de los ofrecimientos hechos. Por lo tanto, las entidades estatales deben solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no impliquen la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta.

Por lo tanto, solo podrán ser rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. La entidad no podrá rechazar la oferta cuando soliciten documentos que no son esenciales para la comparación de esta y que no tienen el carácter de habilitantes, sino que son requeridos para la celebración del contrato o para su registro presupuestal, tales como la certificación bancaria, el RUT, el RIT, el formato SIIF.

⁹ Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente. Recuperada de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf

Por otra parte, en los procesos de mínima cuantía, la entidad debe establecer en la invitación un plazo para recibir los documentos subsanables, so pena de verificar la oferta con el siguiente proponente que ofrezca el mejor precio. Si la entidad estatal no estableció un plazo para subsanar los requisitos, los proponentes podrán hacerlo en el término del traslado. En el proceso de subasta, los oferentes podrán subsanar los requisitos hasta antes de la realización de la subasta.

En los procesos de contratación, los oferentes deben acreditar que están inscritos en el RUP de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal, incluso cuando presentan su oferta antes de que la inscripción esté en firme. Sin embargo, mientras la inscripción no esté en firme, la entidad estatal no puede considerar que el oferente está habilitado y evaluar su oferta (Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, 6.2. Inscripción en el RUP, p. 38). El RUP debe renovarse a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año, de lo contrario cesan sus efectos. Al cierre del proceso de contratación, es decir, hasta el plazo para presentar ofertas, el RUP debe encontrarse vigente, esto es, que el proponente haya presentado la información para renovar el registro en el término anteriormente establecido. Para verificar que los efectos del RUP no han cesado, es necesario que el certificado presentado acredite que el interesado realizó los trámites necesarios para renovar su registro dentro del término. La información contenida en el RUP, previa a la suministrada para renovar el registro, continúa en firme hasta que finalice el trámite de renovación correspondiente. Así, en el período comprendido entre el momento de la solicitud de renovación y el momento en que adquiera firmeza la información renovada, es válido el RUP del año anterior, cuyos efectos no han cesado y se encuentra vigente y en firme. El proponente puede acreditar la firmeza del RUP dentro del término de traslado del informe de evaluación, salvo para lo previsto en el proceso de selección a través del sistema de subasta.

De acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 1882 de 2018, la no entrega de la garantía de seriedad

junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de esta. Sin embargo, los errores contenidos en esa garantía son subsanables, siempre y cuando se remedien dentro del término de traslado de la evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. Las entidades estatales deben publicar el informe de evaluación que contiene los requisitos habilitantes y los que son objeto de puntuación; a este informe se le debe dar el término de traslado correspondiente según la modalidad de selección. Al finalizar el término de traslado, la entidad deberá actualizar el informe de evaluación conforme a los documentos subsanados y observaciones recibidas, y deberá darlo a conocer a los oferentes. En los procesos de licitación para seleccionar contratistas de obra pública, la Ley 1882 de 2018 establece que, una vez vencido el término de traslado del informe de evaluación, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe de evaluación actualizado con los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos de la oferta económica.

De conformidad con la Ley 1882 de 2018, la audiencia de adjudicación es el momento en el cual los proponentes pueden presentar observaciones al informe de evaluación actualizado y estas deben ser resueltas en esta, es decir que este es el traslado de las nuevas circunstancias contenidas en el informe de evaluación actualizado, sin que esto implique una nueva oportunidad para subsanar requisitos habilitantes. En todo caso, la entidad estatal es autónoma para recibir observaciones en una fecha anterior, sin que ello elimine la oportunidad que tienen los oferentes de realizar observaciones al informe actualizado en la audiencia de adjudicación. En el evento en que la entidad estatal no haya requerido en el informe preliminar de evaluación documentos subsanables, debe requerir a ese proponente otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe preliminar de evaluación, con el fin de que los allegue. En caso de que sea necesario, la entidad estatal deberá ajustar el cronograma. En la audiencia de adjudicación, una vez ha quedado en firme el informe final de evaluación del primer sobre correspondiente a los requisitos habilitantes y los

requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica, la entidad estatal dará apertura al segundo sobre que contiene la oferta económica y correrá traslado a los proponentes habilitados dentro de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente (Referencia normativa: Ley 80 de 1993, artículo 30; Ley 1150 de 2007, artículo 5º, párrafos 1 y 3, y artículo 6º; Ley 1882 de 2018, artículos 1º y 5º; Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.2.1.2.20 y 2.2.1.2.1.3.2; 2.2.1.2.1.5.2, p. 41).

4. Audiencias

En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de riesgos.

En la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva.

La entidad estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto y las siguientes consideraciones:

- 1) En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que, a juicio de la entidad estatal, requieren análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión por adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.
- 2) La entidad estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes.

- 3) Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la entidad estatal haya señalado con anterioridad.
- 4) La entidad estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el *Se-cop* con antelación.
- 5) Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda.

5. Evaluación

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone que, conforme con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

La evaluación consta de dos partes: la primera corresponde a los requisitos habilitantes y en esta se verifica lo mínimo que debe tener el futuro contratista para cumplir a cabalidad el contrato. La revisión de estos requisitos debe realizarse de forma ceñida a lo estipulado en el pliego de condiciones y sus anexos.

La evaluación está a cargo del comité evaluador seleccionado para tal fin y adoptado mediante acto administrativo, puede estar compuesto por servidores públicos o por contratistas, y debe tener un carácter multidisciplinar, si el proceso lo amerita, es decir, si se exige una verificación financiera, debe tener una persona con estos conocimientos; el jurídico debe revisar los criterios relacionados con capacidad jurídica y el técnico debe revisar los aspectos de calidad y económicos solicitados en el pliego de condiciones.

Para la verificación y evaluación, el comité seguirá el siguiente procedimiento:

1. Verificación de requisitos mínimos o habilitantes: cada evaluador realizará la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos como habilitantes en el pliego de condiciones.

La verificación de antecedentes judiciales, fiscales, disciplinarios, policía, como los registros profesionales, como abogados, ingenieros, contadores, debe llevarse a cabo directamente de las páginas correspondientes, como son las de la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Policía Nacional, Copnia, Consejo Superior de la Judicatura.

Para cuando se usa el RUP, este es el único documento que demuestra la inscripción de proponentes del Estado y en él se deben verificar los requisitos financieros y los de experiencia.

Solo se podrán solicitar certificaciones de experiencia cuando se requieran verificar aspectos indispensables que no se encuentran en este, lo cual debe quedar plenamente justificado en el estudio previo y requerido en el pliego de condiciones.

6. Traslado

El traslado es la oportunidad que tienen los proponentes para pronunciarse sobre el informe de evaluación presentado por la entidad, razón por la cual se requiere que este informe sea completo y claro.

De igual forma, en esta etapa, el proponente puede subsanar aquellos aspectos que le sean solicitados por la entidad. En caso de no subsanarlos, la propuesta será rechazada. En el caso de la subasta, se podrá subsanar hasta el momento de su realización.

El traslado para la licitación será de 5 días; en todos los casos de selección abreviada y concurso de méritos es de 3 días; y en la mínima cuantía es de 1 día.

7. Acto de adjudicación

El acto de adjudicación debe ser motivado; generalmente es una resolución en la que en la parte considerativa se exponen como mínimo las razones por las cuales la entidad ha decidido escoger al proponente, lo cual comprende la evaluación, las respuestas a las observaciones de esta, el orden de elegibilidad –si es del caso– y un resumen de la audiencia de adjudicación.

En los procesos de mínima cuantía no es necesario realizar acto de adjudicación, la aceptación de la oferta funge como tal.

Frente al acto de adjudicación no cabe recurso alguno.

8. Declaratoria de desierto de un proceso contractual

Existen dos casos por los cuales un proceso puede quedar desierto. El primero por no presentarse proponentes, caso en el cual no hay recursos y se podrá iniciar nuevamente el proceso desde la publicación de los pliegos definitivos. En el caso de licitación, ahora el proceso se adelantará por el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía.

El segundo caso de desierto es cuando se presentaron proponentes, pero ninguno cumplió con los requisitos habilitantes previstos en el pliego de condiciones e impiden una selección objetiva, acto frente al cual cabe el recurso de reposición.

9. Revocatoria del acto de adjudicación

El artículo 9º de la Ley 1150 prevé dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: i) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, esto es, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato; y ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación “se obtuvo por medios ilegales”. Vale la pena recordar que en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala de Consulta y Servicio

Civil precisó que uno de los casos en los que podría afirmarse que la adjudicación del contrato estatal se obtuvo por “medios ilegales” es cuando el adjudicatario haya ocultado dolosamente algún hecho o circunstancia que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar, al momento de la adjudicación, ya sea por haberse abstenido de suministrar oportunamente la información pertinente a la entidad pública, o bien por haberle entregado información o documentos falsos, inexactos o incompletos. Por otro lado, conviene aclarar que el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, al cual remite el artículo 9º de la Ley 1150, permite que las entidades estatales, mediante acto administrativo debidamente motivado, puedan adjudicar el contrato al “proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”, cuando el oferente inicialmente seleccionado, y al cual se le haya adjudicado el contrato, no lo suscribe dentro del término previsto para el efecto en el pliego de condiciones. En consecuencia, la integración de estas dos normas permite deducir que, cuando una entidad estatal revoque el acto de adjudicación de un contrato estatal, por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, puede adjudicar el contrato, dentro de los 15 días siguientes, al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar dentro del respectivo proceso de selección, siempre y cuando su oferta sea igualmente favorable para los intereses de la entidad contratante. Aclara la Sala que, en este caso, debe entenderse que el referido plazo de 15 días empieza a correr el día siguiente al de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se haya revocado la adjudicación inicial. “[...] Se concluye claramente que, en la actualidad, dicho acto administrativo solamente puede ser revocado cuando se presente alguna de las dos situaciones descritas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, o ambas causales simultáneamente, razón por la cual podría afirmarse, en principio, que únicamente en esos casos la entidad estatal que ha hecho la adjudicación no estaría obligada a celebrar el respectivo contrato. Con todo, para la Sala de Consulta es dable preguntarse si no pueden existir razones o circunstancias adicionales que pudieran liberar a una entidad pública de suscribir un contrato previamente adjudicado y la exoneren, por lo

tanto, de la responsabilidad correspondiente. [...] La Sala considera que no solamente en las dos hipótesis previstas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, que dan lugar a la revocatoria del acto de adjudicación, sino además en cualquier evento en que la celebración y ejecución del contrato se vuelvan imposibles, de manera absoluta y definitiva, por el acaecimiento de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, la entidad estatal quedaría eximida o liberada de su obligación de suscribir el respectivo contrato”¹⁰.

Publicación de documentos contractuales

En el Secop se deben publicar los documentos del proceso y los actos administrativos que se generen de este. En ese sentido, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 ha definido que los documentos del proceso son: los estudios y documentos previos, el aviso de convocatoria, los pliegos de condiciones o la invitación, las adendas, la oferta, el informe de evaluación, el contrato y cualquier otro documento expedido por la entidad estatal durante el proceso de contratación. Ahora, cuando se dice que cualquier otro documento expedido por la entidad estatal durante el proceso de contratación, se hace referencia a todo documento diferente a los mencionados, siempre que sea expedido dentro del proceso de contratación. La Ley de Transparencia establece la obligación de publicar todos los contratos que se realicen con cargo a recursos públicos, es así que los sujetos obligados deben publicar la información relativa a la ejecución de sus contratos, obligación que fue desarrollada por el Decreto 1081 de 2015, el cual estableció que, para la publicación de la ejecución de los contratos, los sujetos obligados deben publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor que aprueben la ejecución del contrato.

10. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346), 15 de agosto de 2017, C. P. Álvaro Namén Vargas.

Capítulo VI

Contratación directa

En este aspecto es determinante la premisa que establece que la regla general de la contratación es la convocatoria pública y la excepción es la contratación directa.

Esta modalidad es regulada por el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, procede única y exclusivamente frente a las causales previstas en la ley, por lo tanto, su aplicación es de carácter restrictivo y aplica para las siguientes causales:

- Urgencia manifiesta –Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4, literal a); Decreto 1082 de 2015, artículo 74–.
- Contratación de empréstitos –Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4, literal b)–.
- Contratos o convenios interadministrativos –Ley 1474 de 2011, artículo 92; Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.4–.
- Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas –Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4, literal e); Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.7–.
- Eventos en que no existe pluralidad de oferentes –Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4, literal g); Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.8.
- Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales –Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4, literal h); Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.9–.
- Contratos para el arrendamiento o adquisición de inmuebles –Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4, literal i); Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.2.1.5.0 y 2.2.1.2.1.5.1–.
- Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que

se refieren las leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público –Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4, literal f)–.

- La contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesitan reserva para su adquisición.

En todo caso, cualquiera sea la causal aplicable a la contratación directa, se debe sustentar de manera suficiente, así como la elección del proveedor y la forma como se pacta el contrato o convenio desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

En la etapa precontractual es necesario revisar el objeto de los convenios o contratos, sus obligaciones y su alcance, a fin de determinar la posibilidad inicial de realizar una convocatoria pública antes que una contratación directa. Se trata así de erradicar de la contratación pública escenarios como:

- Contratos interadministrativos utilizados para subcontratar a otras empresas de manera elusiva.
- Convenios de asociación tras los cuales existen verdaderas compras públicas.
- Contratos de ciencia y tecnología utilizados para realizar contrataciones que no guardan relación con las finalidades establecidas para esta causal de contratación directa.
- Contratos con proveedor exclusivo en los que los soportes de exclusividad no son idóneos, como registros de derechos de autor sin verificar, o sin que exista evidencia del ejercicio previo de verificación de la existencia o no de sustitutos en el mercado que puedan competir en condiciones de igualdad para la adquisición de los bienes o servicios requeridos.

Convenios de cooperación internacional

El artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 establece las reglas aplicables a la contratación con organismos internacionales, para lo cual es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos relevantes:

- El primer inciso de este artículo se refiere a los contratos con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional que financian parcial o totalmente el objeto del contrato. En este caso, cuando la financiación sea igual o superior al 50%, podrán someterse a los reglamentos de estos organismos; caso en el cual no están regidas por la normativa del sistema de compra pública colombiana y, por lo tanto, no aplica la Ley de Garantías.
- Cuando la financiación sea menor al 50%, se deberá dar aplicación a la normativa del sistema de compra pública colombiana, por lo tanto, en tiempo de elecciones se deberá dar aplicación a las restricciones indicadas en la Ley de Garantías.
- El segundo inciso se refiere a contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; sistema de monitoreo de cultivos ilícitos, programas educativos desplazados y población vulnerable adelantado por la Unesco y la OIM; y contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros. En los escenarios descritos, independientemente del porcentaje de financiación, podrán someterse a los reglamentos de dichos organismos, razón por la cual no están regidos por la normativa del sistema de compra pública colombiana y, por lo tanto, no aplican para ellos las disposiciones aplicables en vigencia de la Ley de Garantías.

En todo caso, cuando las entidades estatales contratan con recursos de organismos internacionales y dicha contratación se somete a las reglas de estos organismos, se deben publicar los documentos que se

generen en las diferentes etapas contractuales en los términos definidos por tales organismos, a través del módulo denominado ‘Régimen especial’ del Secop II.

Cuando la contratación con organismos internacionales se haga bajo las normas del Sistema de Compra Pública, se deberán publicar todos los documentos del proceso de acuerdo con la modalidad de selección que haya utilizado la entidad estatal para adelantar dicha contratación.

La publicación en el módulo ‘Régimen especial’ permite adaptar el proceso de contratación a lo exigido en los reglamentos de los organismos internacionales o de cooperación internacional.

Colombia Compra Eficiente ofrece la opción para quienes deban hacer uso de este módulo de que lo utilicen como una herramienta de publicidad o que gestionen sus procesos de contratación de manera transaccional como es la característica propia de la plataforma Secop II.

Convenios interadministrativos

Las áreas misionales de las entidades públicas en su dinámica contractual gestionan recursos internos e interinstitucionales con el fin de ejecutar proyectos orientados al cumplimiento de sus funciones legales y metas conforme a sus respectivos planes de desarrollo, para lo cual acuden a la modalidad de convenios interadministrativos.

No obstante, ni la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007 han definido de forma expresa lo que es un convenio, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de generar precisiones al respecto que se recomienda tener en cuenta, algunas de las cuales se relacionan a continuación:

- Los convenios son una especie en el género de los contratos estatales que responden a una modalidad de contratación cuya finalidad es la unión de esfuerzos para lograr un objetivo común, que debe conllevar,

en primer lugar, el cumplimiento de las funciones o deberes legales de las partes; y, en segundo lugar, un beneficio para la colectividad.

- Por lo anterior se caracterizan por los aportes en dinero, especie o gestión que efectúan las partes para aunar esfuerzos y alcanzar la meta común planteada. En ellos, el aporte es la tasación de la colaboración y el apoyo que entregan los suscriptores del convenio.
- Los contratos o convenios que se celebran entre las entidades públicas y que se rigen por las normas de contratación estatal requieren el soporte de los estudios previos, la disponibilidad y el registro presupuestal definitivo, en caso de que exista afectación a los recursos públicos.
- Las entidades pueden así suscribir contratos interadministrativos con instituciones públicas, siempre que las obligaciones derivadas de estos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos.
- Con base en la naturaleza de esta modalidad, es importante incluir en los convenios que las adquisiciones que se generen en virtud de las obligaciones pactadas deben realizarse a precios del mercado, aportando las evidencias respectivas al expediente del convenio; igualmente, se recomienda incorporar en las obligaciones las de abrir una cuenta exclusiva para administrar los recursos aportados y reintegrar a la entidad aportante los recursos no ejecutados y los rendimientos financieros que se hayan podido generar.
- En aras de la transparencia, previo a la suscripción de convenios interadministrativos, se recomienda solicitar o verificar con la entidad beneficiaria del aporte la relación de convenios en la que consten los porcentajes de avances y ejecución, así como las fechas estimadas de terminación. Se trata así de minimizar el riesgo de obras inconclusas y de prevenir eventuales incumplimientos.

Convenios Decreto 92 de 2017

El convenio de asociación es un acuerdo entre una entidad sin ánimo de lucro y una entidad estatal para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que le asigna a la entidad pública.

En los convenios de asociación derivados del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, las entidades deben honrar el principio de competencia, en consecuencia, deben diseñar un proceso para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro que mejor pueda cumplir con las actividades relacionadas con los cometidos y funciones que le asigna la ley a la entidad estatal. No obstante, no habrá lugar a esta competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro aporta en dinero en efectivo mínimo el 30% del valor del proyecto.

El Decreto 92 de 2017 establece la necesidad de que la entidad estatal realice un proceso competitivo, pero no precisa plazos ni condiciones, por lo que la entidad es autónoma para establecer los términos y condiciones en estos procesos; en este caso se recomienda acudir al procedimiento previsto para los procesos de menor cuantía.

En este sentido, la entidad puede solicitar los requisitos que considere necesarios para hacer la mejor selección posible. El proceso competitivo descrito en el artículo 4º del Decreto 92 de 2017, en caso de ser necesario, debe estructurarse de acuerdo con las siguientes fases:

- Definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía, manejo del riesgo y criterios de ponderación para comparar las ofertas.
- Determinación de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro presenten a la entidad sus ofertas y los documentos que acrediten.

Es fundamental tener en cuenta que cuando la entidad adquiere bienes y servicios o ejecuta obras mediante una relación conmutativa, las normas aplicables son las del sistema de compra pública, es decir, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

En todo caso se debe tener en cuenta que existe una normatividad especial para otras relaciones contractuales entre entidades sin ánimo de

lucro y entidades públicas, distinta de las disposiciones del Decreto 92 de 2017, como son las dispuestas en las siguientes normas: el artículo 8° de la Ley 1276 de 2009, el artículo 6° de la Ley 1551 de 2012 y el numeral 10 del artículo 36 de la Ley 938 de 2004.

Igualmente, es necesario verificar que las entidades sin ánimo de lucro que contraten con las entidades estatales en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política deben estar registradas en el Secop II; este registro es gratuito, puede hacerse en línea y busca tener más y mejor información de las entidades sin ánimo de lucro que celebran convenios de colaboración y convenios de asociación.

La normativa vigente no exige RUP a las entidades sin ánimo de lucro que suscriben convenios de colaboración o convenios de asociación, ni permite la aplicación de cláusulas excepcionales.

El Decreto 92 de 2017 tiene aplicación restringida a:

- 1) La contratación con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo.
- 2) La contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En este aspecto, es importante tener en cuenta que previo a la realización del convenio de asociación se debe revisar la vigencia de los artículos, literales e incisos del Decreto 92 de 2017 aplicables al proceso, toda vez que algunos de ellos son o han sido objeto de suspensión provisional por parte del Consejo de Estado, en acciones de nulidad que han sido instauradas contra algunos apartes de la norma.

Respecto de la obligación del registro en el Secop II para ESAL, esta debe verificarse tanto para contratos como para convenios regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Capítulo VII

El contrato

Las obligaciones en el contrato

Por fuente de una obligación se entiende un hecho o un acto jurídico, al cual el ordenamiento jurídico positivo, es decir, la ley, o del cual provengan efectos regulados por el derecho, le atribuye la capacidad de originar o de hacer surgir un derecho o una obligación, o también consisten en el deber de realizar o en la facultad de exigir una prestación.

El profesor René Abeliuk Manasevich utiliza el concepto de Messineo, el cual señala que “fuente de la obligación es un hecho jurídico que le da nacimiento, que origina o genera la obligación”. Y añade que la palabra “causa” está tomada en una significación aristotélica; “la fuente es la causa de la obligación porque es la razón jurídica, el antecedente de derecho del cual emanan las obligaciones, estableciéndose así una relación de causa-efecto. La fuente es la causa, la obligación su resultado”¹¹. Pero Abeliuk señala que en la actualidad, debido a que la palabra “causa” en el derecho tiene una significación distinta a la que le da Aristóteles, es preferible hablar en este caso de “fuente”.

De lo anterior también puede decirse que la norma jurídica es efectiva solo en la medida en que el hecho o acto jurídico sean realizados, lo que lleva a colegir que la fuente de las obligaciones debe concebirse dentro del dualismo “situación de hecho-norma jurídica”. Esto último según el maestro Fernando Hinestrosa.

En Colombia el Código Civil definió las obligaciones en su artículo 1494 de la siguiente forma:

11. Abeliuk Manasevich, R. (1993). *Las obligaciones. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, p. 44.

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”. Así mismo, las vinculó al contrato en su artículo 1495: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

Así las cosas, las obligaciones son la columna vertebral del contrato, sin ellas este no podría existir; para el caso que nos ocupa, la contratación estatal de las entidades del orden municipal y departamental, hemos realizado una serie de precisiones que serán de mucha ayuda en cada entidad al momento de redactar las obligaciones del contrato.

Las obligaciones en todos los procesos, cualquiera sea la modalidad, deben generar productos verificables y medibles conforme al objeto y a la modalidad planteadas.

En la construcción de las obligaciones en el proceso contractual, se deberá escribir en forma clara, precisa y objetiva las obligaciones a cargo del contratista, así como las condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales estas se desarrollarán.

Las obligaciones específicas del contrato deben incluir los entregables y productos específicos por desarrollar, precisando las especificaciones técnicas en caso de ser necesarias y las demás previstas en el alcance o anexos técnicos, incorporando las condiciones aplicables en términos de calidad, tiempos de respuesta y alcances específicos.

Respecto de las obligaciones generales, se recomienda incorporar por lo menos las siguientes, que se consideran esenciales:

- 1) Cumplir con el objeto del contrato, obligaciones y demás condiciones, términos y estipulaciones del contrato, en las condiciones de calidad, oportunidad y obligaciones definidas en el contrato, incluyendo su anexo técnico (si lo hay), y acatar las instrucciones que durante el desarrollo del contrato se le impartan a través del supervisor, siempre y cuando estas no impliquen modificación al contrato.
- 2) Cumplir con las obligaciones frente al sistema de salud, pensiones y riesgos laborales.
- 3) Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y trabamientos.
- 4) Desarrollar el contrato con idoneidad, y dentro de los principios y conceptos éticos de pulcritud y oportunidad que la comunidad espera y la ley y las buenas costumbres exigen a todo contratista del Estado.
- 5) Atender de manera oportuna las recomendaciones del supervisor/interventor, quien velará por el cumplimiento de las obligaciones aquí establecidas.
- 6) Entregar los informes y productos requeridos de acuerdo con lo estipulado en el contrato y los que le solicite el supervisor/interventor para el control y supervisión en el desarrollo y ejecución del contrato.
- 7) No acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de hacer u omitir algún hecho.
- 8) Responder ante las autoridades de los actos u omisiones en el ejercicio de las actividades que desarrolle en virtud del contrato, cuando con ellos cause perjuicio a la Administración o a terceros.
- 9) Cumplir con las condiciones jurídicas, técnicas y económicas presentadas en la propuesta.
- 10) Colaborar con la entidad contratante en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla y sea de la mejor calidad.
- 11) Responder por todos y cada uno de los insumos, suministros, herramientas, dotación, implementación, inventarios o materiales que le sean puestos a su disposición para la prestación de servicios realizados, por lo que estos quedarán a su cargo, de tal suerte que deberá responder por su pérdida o daño, autorizando que su valor sea

- descontado automáticamente de los honorarios pactados en caso de pérdida o extravío injustificado, de acuerdo con el deber de cuidado y diligencia inmerso en el contrato. Para ello deberá suscribirse acta de entrega y recibo por el supervisor y el contratista, dejando constancia del estado en que se le entregan y su valor.
- 12) Guardar la debida reserva de los asuntos que conozca con ocasión de la ejecución del objeto contractual, así como de todos aquellos relacionados con este.
 - 13) Dentro de los tres meses siguientes a la firma del acta de inicio o del inicio de la ejecución contractual, deberá practicarse un examen preocupacional a su costa y allegar el certificado respectivo al supervisor del contrato, según lo reglado por el artículo 18 del Decreto 723 de 2013.
 - 14) En los casos en donde el contratista haya recibido elementos y/o equipos para facilitar la ejecución de las actividades contractuales, lo cual constara en acta, al término del contrato y previo a la suscripción del acta de liquidación o de informe final de supervisión, deberá hacer devolución de estos al supervisor del contrato, mediante acta, dejando constancia de que se entregan en las mismas condiciones en que fueron recibidos, con excepción del desgaste normal por su uso. So pena de responder por el valor de su reposición, para lo cual autoriza realizar el descuento respectivo de los valores que resulten a su favor. De no alcanzar el saldo debe quedar en el acta de liquidación o en el informe final de supervisión la obligación de pagar el valor que falte dentro de un plazo determinado por el supervisor. Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones legales procedentes.
 - 15) Aplicar estrategias para disminuir el impacto ambiental, tales como uso de las tablas de retención documental que organicen la información necesaria de la gestión, uso de papel reciclado, impresión de documentos en doble cara, uso de escáner de documentos y correos electrónicos, abstenerse de imprimir documentos personales y de duplicar documentos o tomar fotocopias.
 - 16) Las demás que se deriven de la naturaleza del contrato.

Así mismo, se debe tener en cuenta lo señalado en el Decreto 92 de 2017, consagrar obligaciones para las partes no conlleva necesariamente la configuración de una relación conmutativa, pues esta supone que las partes del acuerdo de voluntades se obligan a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, en beneficio mutuo. Ahora bien, establecer obligaciones que debe cumplir cada una de las partes en el marco de un acuerdo de voluntades es válido en la medida en que a través de estas se permite el cumplimiento del objeto contractual.

Obligaciones en los convenios

Las adquisiciones que se generen en virtud de las obligaciones pactadas en convenios de cualquier índole deben siempre realizarse a precios del mercado; por lo tanto, en ningún evento podrá la entidad estatal cancelar su valor por fuera de esos rangos, y el estudio del sector debe cumplir la normatividad que los regula y justificar por qué se utiliza la modalidad de convenio y no de ir al mercado, siguiendo las guías de Colombia Compra Eficiente.

En las obligaciones de los convenios interadministrativos, es necesario incorporar las de apertura de una cuenta exclusiva para administrar los recursos aportados, así como devolución de los recursos no ejecutados y de los rendimientos financieros; además de la obligación de realizar las compras y adquisiciones necesarias para la ejecución del objeto del convenio a precios del mercado, aportando al expediente contractual las evidencias respectivas.

El contenido y procedimiento de los contratos de consultoría, obra, concesión e interventoría, debe facilitar la identificación de responsabilidades y dedicación de cada actor involucrado, mediante la descripción detallada de obligaciones a cargo del contratante y contratista o de las partes en el convenio.

Es necesario revisar el objeto de los convenios o contratos, sus obligaciones y su alcance a fin de determinar la posibilidad de realizar una convo-

catoria pública, porque en el estudio de mercado no estaba debidamente justificada la contratación directa. Estos son algunos de los casos que se presentan y que es necesario erradicar:

- Contratos interadministrativos utilizados para subcontratar a otras empresas de manera elusiva.
- Convenios de asociación: bajo los cuales se disfrazan verdaderas compras públicas.
- Contratos de ciencia y tecnología: utilizados para contrataciones que no guardan relación con las finalidades de esta causal de contratación directa.
- Contratos con proveedor exclusivo: con soportes de exclusividad no idóneos para el efecto, como registros de derechos de autor sin verificar si existen o no sustitutos en el mercado que puedan competir en condiciones de igualdad para la prestación del servicio.

En materia contractual pública, es necesario tener en cuenta que el Consejo de Estado dispuso lo siguiente, respecto a los plazos del contrato:

La sala precisa que el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la Administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato, por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado. Así, a pesar del vencimiento del plazo de ejecución del contrato –si existen obligaciones pendientes de cumplimiento– éstas deben llevarse a cabo so pena de afectar el interés general. No obstante, conforme al Estatuto Anticorrupción, al supervisor y al interventor les asiste la obligación de resultado frente a las acciones para garantizar el cumplimiento oportuno del contrato.

Con relación al incumplimiento de las obligaciones en los contratos de compraventa la entidad puede declarar el incumplimiento de un contrato si el contratista no cumple la obligación de la entrega del bien oportunamente debido, lo que el mismo contratista considera, una fuerza mayor que no le permitió comprar lo que se había pactado porque:

1. En contratos de compraventa, la obligación no se reduce a que el contratista determine la compra de los elementos necesarios, sino que se supone que este actúa como dueño de los bienes, y no como mediador de su compra.
2. No basta sólo con que el contratista afirme que se trató de una fuerza mayor, pues debe comprobar que el suceso que le impidió llevar a cabo sus obligaciones era imprevisible o irresistible.

Cláusulas excepcionales

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 emplea los términos de potestades exencionales o de cláusulas exencionales, también conocidas como cláusulas exorbitantes, que pueden considerarse, según Luis Guillermo Dávila Vinueza¹², como verdaderas potestades o poderes que la ley le confiere a la parte pública del contrato que en materia de contratación estatal no se inspira en el acuerdo voluntario ni pueden nacer en virtud de él por clara violación de principio de legalidad, sino que emergen por mandato expreso de la ley.

Estas facultades regladas deben ejercerse conforme con procedimientos preestablecidos y dentro de ciertos límites, la mayoría de ellos claramente definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En cuanto no son derechos de la entidad, sino verdaderas potestades que emanan de la preeminencia del interés público, “la administración no puede renunciar, en forma alguna, al ejercicio de dicha prerrogativa, pues las potestades, contrariamente a lo que ocurre con los derechos, no son renunciables”¹³.

Clasificación de las cláusulas excepcionales

Son diversas las clasificaciones que se podrían hacer, la primera proviene de la postura actual de la Sección Tercera de la Sala Contencioso

12. Dávila Vinueza, L. G. Régimen jurídico de la contratación estatal, Bogotá, D.C. Legis. pp. 677 y ss. Tercera edición. 2016

13. Marienhoff, M. S.3a edición 1966). Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 398 y 399.

Administrativa del Consejo de Estado, en cuya virtud solo son poderes exorbitantes los regulados entre los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993, vale decir la interpretación unilateral del contrato (art. 15), la modificación unilateral del contrato (art. 16.), la terminación unilateral del contrato (art. 17), la caducidad (art. 18) y la reversión (art. 19); bajo esta órbita, no serían poderes exorbitantes, aunque sí prerrogativas especiales de la entidad contratante que ejerce también mediante acto administrativo, las multas y las cláusulas penales pecuniarias. Tampoco lo sería la terminación unilateral de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

Tener en cuenta que una entidad pública no puede aplicar multas en contratos interadministrativos, debido a que el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que para este tipo de contrato se debe prescindir de cláusulas o estipulaciones excepcionales, como son multas o sanciones de manera unilateral.

No es posible pactar cláusulas excepcionales en los contratos de colaboración ni en los convenios de asociación. Teniendo en cuenta que las cláusulas excepcionales son de aplicación restrictiva, solo podrán pactarse en los casos contemplados en la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales no se encuentran los contratos de colaboración ni los convenios de asociación.

Frente a los contratos de interventoría, en ningún caso, el interventor deberá asumir riesgos derivados de acciones de terceros (diseñador, constructor o decisiones autónomas del contratante), y esto debe quedar expreso en el contrato.

Procedencia

La Ley 80 de 1993 contempló tres situaciones en relación con las postestades excepcionales: una comprensiva de los casos en que procede por mandato legal, otra por acuerdo de las partes y la tercera en que no son viables.

1	2	3	4
<p>Contratos en los cuales son obligatorias las cláusulas excepcionales</p>	<p>Contratos en los que el pacto es facultativo</p>	<p>Contratos en los que está prohibido pactar cláusulas excepcionales</p>	<p>Ni autorizado ni prohibido. En este caso se entiende que no está permitido</p>
<p>Los que tengan por objeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El ejercicio del monopolio estatal. • Prestación de servicios públicos. • Explotación y concesión de bienes de obras públicas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Suministro. • Prestación de servicios. 	<p>Los celebrados:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Con personas públicas. • Internacionales de ayuda, cooperación, interadministrativos, empréstitos, donación, arrendamiento. • De actividades comerciales e industriales. • Actividades científicas o tecnológicas y en seguros. 	<p>Los contratos que no aparecen en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80.</p>

Multas

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido reiteradamente que las multas en los contratos de la Administración cumplen una función compulsiva o de apremio orientada a la oportuna y cabal ejecución del objeto contratado.

La multa no tiene una función resarcitoria orientada a la indemnización del perjuicio experimentado por la Administración a causa del incumplimiento parcial o la mora, sino que tiene un carácter compulsivo, para asegurar el mejor y más eficiente cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista. El Consejo de Estado ha dicho que las multas persiguen sancionar el incumplimiento parcial o la mora, sin valorar los perjuicios, “en tanto que la cláusula penal sí toma en consideración las consecuencias perjudiciales del incumplimiento o de la declaratoria de caducidad”.

La multa conceptualmente se mantiene como apremio y no a título de indemnización del perjuicio.

La multa debe pactarse expresamente sin ninguna excepción para que proceda en todos los contratos estatales ya sean típicos o atípicos previstos en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007¹⁴.

Las multas pueden establecerse a favor del contratista y de la entidad contratante, pero cuando la facultad de imponer por sí y ante sí a través de un acto administrativo solo está en cabeza de la entidad pública contratante, ya que si es el contratista el que pretende reclamar su pago por algún incumplimiento de la entidad, frente a este hecho este deberá inexorablemente acudir con tal fin al juez del contrato.

Cuando la entidad vaya a imponer una multa al contratista, debe agotarse el debido proceso, según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la concurrencia y participación del garante; si la entidad encuentra vacíos en el procedimiento en dicha ley, podrán utilizar el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en los artículos 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Al momento de imponer una multa a través del acto administrativo, la entidad debe incluir en este los hechos y las pruebas del incumplimiento o el retardo que dio origen a la imposición de la sanción. Pero en el caso de que el incumplimiento sea de magnitud semejante a la establecida en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 (afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenciar que puede conducir a su paralización), la entidad puede declarar la caducidad del contrato.

Debe tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 1594 y 1595 del Código Civil, en el entendido de que no basta el solo retardo del deudor para imponer la multa, sino que es necesario, además, que este quede constituido en mora, y el artículo 1608 del mismo código indica que el deudor está en

14. Bercaitz, M. Á. Teoría general de los contratos administrativos. Sa edición 1980

mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado en el contrato; en este caso, como lo anota el profesor Ospina, no será necesario reconvenir judicialmente al deudor para constituirlo en mora. De la misma manera, Becaritz se ha pronunciado afirmando que, “salvo que los plazos establecidos en el contrato sean perentorios, o que la mora se haya establecido por el no cumplimiento en término de las obligaciones del contratante, no pueden ser impuestas sin previa intimación o constitución en mora”.

Las multas no proceden, si se configuran en favor del contratista los presupuestos para la aplicación de la excepción de contrato no cumplido ni cuando la entidad esté en mora, de la misma forma que opera la caducidad.

Así las cosas, en la práctica no siempre es factible la imposición de multas, ya que solo procede “mientras se halle la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”; al iniciarse el proceso de multas, el contratista debe estar incumpliendo la correspondiente obligación. Pero, si al momento de imponer la sanción el contratista ya hubiere corregido el incumplimiento y se adecua al contrato en lo concerniente a la prestación insatisfecha, la entidad estatal no podría imponer la multa por expreso mandato legal. En conclusión, para la multa es esencial que el contratista se encuentre en estado de incumplimiento.

Sin embargo y a pesar de la existencia de la multa cuando el contratista no cumple con su obligación en el tiempo pactado, en esencia se busca evitar el incumplimiento de las obligaciones, más que lograr el pago de la multa en dinero, pues la importancia del contrato estatal es lograr el cumplimiento de la obligación, con el fin de no generar detrimento del dinero público y demorar en suplir las necesidades de los administrados, situación que afecta directamente a los habitantes del territorio.

Garantías

Colombia Compra Eficiente enfatiza en que uno de los objetivos del Sistema de Compra Pública es el manejo del riesgo. El artículo 2.2.1.1.1.6.3

del Decreto 1082 de 2015 dispone que la entidad estatal debe evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos. Frente a las garantías, indica que son instrumentos de cobertura de algunos riesgos comunes en procesos de contratación.

Una vez perfeccionado el contrato, esto es, nacido a la vida jurídica, deben cumplirse una serie de requisitos necesarios para que empiece su ejecución; no obstante, ya existir el contrato, no es dable el cumplimiento de las prestaciones que origina.

El inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 sostiene que son requisitos de ejecución la aprobación de la garantía única de cumplimiento y la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes.

En la planeación del proceso de contratación, la entidad estatal debe identificar las garantías por solicitar de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato.

Tipos de garantías y cobertura

Los proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a entidades estatales en procesos de contratación, pueden otorgar, a su elección, cualquiera de las siguientes garantías: i) contratos de seguro, ii) fiducia mercantil de garantía o iii) garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*¹⁵.

La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las establecidas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

¿Todos los contratos estatales deben estar cubiertos por una garantía?

Ciertos riesgos identificados por las entidades estatales pueden cubrirse a través de cualquiera de los instrumentos de garantía antes descritos.

15. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf; op. cit.; Dávila, op. cit.

En las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de la *Guía de garantías en procesos de contratación*, la entidad estatal debe justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías. En las demás modalidades de selección son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y cumplimiento. La garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos de obra y en aquellos en los que por su objeto o naturaleza la entidad estatal lo considere necesario, con ocasión de los riesgos del contrato.

¿Cuáles riesgos se deben cubrir mediante garantías en los procesos de contratación?

En función de las fases del proceso de contratación, los riesgos que se deben cubrir mediante garantías son:

- 1) *Selección*: el oferente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos: no ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres meses. Retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación. No suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario. La no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.
- 2) *Contratación y ejecución*: en esta fase la garantía debe cubrir los riesgos derivados del incumplimiento del contrato. Esta garantía puede cubrir todos o algunos de los siguientes amparos según las condiciones del objeto del contrato: buen manejo y correcta inversión del anticipo; devolución del pago anticipado; cumplimiento del contrato; pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.

En adición a la garantía de cumplimiento, la entidad estatal puede solicitar un seguro de responsabilidad civil extracontractual para aquellos contratos en los que el desarrollo del objeto implica un riesgo de daños a terceros¹⁶.

16. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf

En el caso del amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar la indemnización de estos perjuicios en la medida que se afecte el patrimonio de la entidad estatal asegurada, es decir, el amparo no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados del contratista no han acudido a reclamar a la entidad estatal.

Obligaciones posteriores a la ejecución

En esta fase se cubren los riesgos que se presenten con posterioridad a la terminación del contrato y sus amparos son:

- Estabilidad y calidad de la obra.
- Calidad del servicio.
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

El amparo de calidad del servicio tiene por objeto cubrir los perjuicios derivados de la prestación deficiente del servicio contratado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de los siguientes eventos: mala calidad o la insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de servicios y mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato. Si la falta de calidad se presenta durante la ejecución del contrato, el amparo que debe afectarse no es este, sino el de cumplimiento.

El amparo de calidad del servicio es aplicable tanto en contratos de ejecución sucesiva, por ejemplo, en contratos de aseo y cafetería, como de ejecución instantánea, por ejemplo, contratos para la realización de los diseños. Este amparo opera una vez concluida la vigencia del amparo de cumplimiento.

La garantía de calidad y correcto funcionamiento de bienes tiene por objeto cubrir a la entidad estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la entidad estatal recibe en cum-

plimiento de un contrato. Son ejemplos de eventos que pueden dar lugar a afectar este amparo la mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista o el incumplimiento de las normas técnicas del bien o equipo.

¿Cómo se hacen efectivas las garantías?

De acuerdo con el Decreto 1082 de 2015, las garantías que respaldan el cumplimiento de un contrato pueden hacerse efectivas cuando se presenta un incumplimiento atribuible al contratista en las obligaciones pactadas que dan lugar a la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal.

Si existe incumplimiento, la entidad estatal debe expedir un acto administrativo que lo declare. En los procedimientos administrativos sancionatorios o conminatorios, la entidad estatal debe vincular al contratista y al asegurador del contrato. Cuando la garantía es un patrimonio autónomo, garantía bancaria o carta de crédito *stand by*, no es necesario que la entidad estatal vincule a la fiduciaria o al emisor al procedimiento sancionatorio o conminatorio.

Cuando se trata de oferentes plurales, como consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura, la garantía debe cubrir a todos sus integrantes. Igualmente, la notificación del incumplimiento debe vincular a todos sus miembros.

Riesgos que cubre la garantía

Estos se encuentran previstos en el artículo 2.2.1.2.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015, que los divide en:

- Los que aparcan a las entidades con ocasión de la presentación de las ofertas en un proceso de selección.
- Los que protegen por cuenta de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

- Los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas.

Amparos de la garantía única de cumplimiento del contrato

Con el amparo de este riesgo, la entidad estatal busca asegurar el cumplimiento del objeto y del contrato, de acuerdo con los términos, condiciones y especificaciones acordadas, los cuales se encuentran señalados en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082.

Manejo del anticipo y pago anticipado

El anticipo corresponde a recursos públicos que la entidad entrega al contratista una vez que se cumplan los requisitos de ejecución, los cuales no engendran pago y, en consecuencia, no entran al patrimonio del contratista, sino que deben amortizarse o “pagarse” por este durante la ejecución del contrato; es apenas natural que uno de los siniestros que abarca la garantía única de cumplimiento sea el buen manejo y correcta inversión del anticipo; eso supone que este amparo cubre los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de: la no inversión del anticipo, el uso indebido del anticipo y la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.7, numeral 1)¹⁷.

Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales

Este amparo debe cubrir a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La entidad estatal no debe exigir una garantía para cubrir este riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

17. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf

Estabilidad y calidad de la obra

Este amparo cubre a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

Calidad del servicio

Este amparo cubre a la entidad estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

Calidad y correcto funcionamiento de los bienes

Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la entidad estatal en cumplimiento de un contrato.

Suficiencia de las garantías

La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato, y su valor debe ser por lo menos el 10% del de la oferta.

El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la subasta inversa y en el concurso de méritos debe ser equivalente al 10% del presupuesto oficial estimado del proceso de contratación.

Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a 1.000.000 de smmlv, se aplicarán las siguientes reglas:

- 1) Si el valor de la oferta es superior a 1.000.000 de smmlv y hasta 5.000.000 de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 2,5% del valor de la oferta.
- 2) Si el valor de la oferta es superior a 5.000.000 de smmlv y hasta 10.000.000 de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 1% del valor de la oferta.
- 3) Si el valor de la oferta es superior a 10.000.000 de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 0,5% del valor de la oferta.

Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo

La garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la entidad estatal. El valor de esta garantía debe ser el 100% de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie.

Suficiencia de la garantía de pago anticipado

La garantía de pago anticipado debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la entidad estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la entidad estatal. El valor de esta garantía debe ser el 100% del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie.

La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el 10% del valor del contrato, a menos de que el valor del contrato sea superior a 1.000.000 de smmlv, caso en el cual la entidad estatal aplicará las siguientes reglas:

- 1) Si el valor del contrato es superior a 1.000.000 de smmlv y hasta 5.000.000 de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 2,5% del valor del contrato.
- 2) Si el valor del contrato es superior a 5.000.000 de smmlv y hasta 10.000.000 de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 1% del valor del contrato.
- 3) Si el valor del contrato es superior a 10.000.000 de smmlv, la entidad estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el 0,5% del valor del contrato.

Suficiencia de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales

Esta garantía debe estar vigente por el plazo del contrato y tres años más. El valor de la garantía no puede ser inferior al 5% del valor total del contrato.

Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra

Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco años contados a partir de la fecha en la cual la entidad estatal recibe a satisfacción la obra. La entidad estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

La entidad estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato.

Suficiencia de la garantía de calidad del servicio

La entidad estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del párrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

Suficiencia de la garantía de calidad de bienes

La entidad estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.

Suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual

El valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a:

- 1) Doscientos smmlv para contratos cuyo valor sea inferior o igual a 1.500 smmlv.

- 2) Trescientos smmlv para contratos cuyo valor sea superior a 1.500 smmlv e inferior o igual a 2.500 smmlv.
- 3) Cuatrocientos smmlv para contratos cuyo valor sea superior a 2.500 smmlv e inferior o igual a 5.000 smmlv.
- 4) Quinientos smmlv para contratos cuyo valor sea superior a 5.000 smmlv e inferior o igual a 10.000 smmlv.

El 5% del valor del contrato cuando este sea superior a 10.000 smmlv, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo 75.000 smmlv.

La vigencia de esta garantía deberá ser igual al período de ejecución del contrato.

Cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la entidad estatal el valor de la garantía se reduce, la entidad estatal debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial de la garantía.

Cuando el contrato es modificado para incrementar su valor o prorrogar su plazo, la entidad estatal debe exigir al contratista ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso.

La entidad estatal debe prever en los pliegos de condiciones para la contratación el mecanismo que proceda para restablecer la garantía cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adiccionarla, como puede ser la autorización de descontarla del valor del contrato.

Efectividad de las garantías

La entidad estatal debe hacer efectivas las garantías así:

- 1) Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

- 2) Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
- 3) Por medio del acto administrativo en el cual la entidad estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.

Si hay lugar a cesión del contrato a favor del garante, este está obligado a constituir las garantías previstas en el contrato.

Exclusiones

La entidad estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas no producirá efecto alguno:

- 1) Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.
- 2) Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad estatal no destinados al contrato.
- 3) Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la entidad estatal.
- 4) El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo.

Garantía de responsabilidad civil

El artículo 17 del Decreto 679 de 1994 consagró como amparo autónomo el de la responsabilidad civil, que debe ser incluido en una póliza

anexa a la de la garantía única, cuyo objeto es proteger patrimonialmente a la Administración por los daños que se causen a terceros con ocasión de la ejecución de un contrato estatal. Los decretos posteriores siguieron regulándola, hasta el vigente Decreto 1082 de 2015, con criterios semejantes y ante la perspectiva de que un particular afectado puede demandar la indemnización de los perjuicios tanto al contratista ejecutor como a la entidad estatal contratante, ya sea de manera conjunta o individual.

Este amparo debe exigirse en todos los contratos de obra y en los demás que la entidad considere necesario, contrato de seguros (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.5).

Esta garantía cubre los perjuicios que puede sufrir la entidad estatal derivados de la responsabilidad civil extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista o de los subcontratistas.

Este riesgo solo puede cubrirse mediante pólizas de seguro.

Las entidades estatales deben exigir en los contratos de obra y en aquellos que por su objeto o naturaleza sea necesario el otorgamiento de la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

El Decreto 1082 de 2015 exige una serie de requisitos que deben reunir los seguros de responsabilidad civil extracontractual a favor de entidades estatales:

- Cobertura básica de predios, labores y operaciones.
- Daño emergente y el lucro cesante.
- Perjuicios extrapatrimoniales. (Son aquellos que afectan la esfera interna y personal de la víctima).
- Responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad civil extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.

- Cobertura expresa de amparo patronal, que cubre los perjuicios causados por accidentes de trabajo que sufran los empleados al servicio del contratista en desarrollo de sus actividades.
- Cobertura expresa de vehículos propios y no propios, que cubre daños materiales, las lesiones personales y/o la muerte que se ocasionen a terceros con vehículos propios y no propios que estén al servicio de la entidad asegurada en el giro normal de sus actividades.

Condiciones de la póliza de responsabilidad civil extracontractual

- a) La entidad estatal debe aparecer en la póliza como asegurada y beneficiaria. Esta doble calidad le permite a la entidad tener protección cuando un tercero presenta una reclamación por responsabilidad en su contrato (asegurada) o cuando la misma entidad sufra un daño por un hecho, conducta u omisión del contratista y deba reclamar como víctima la indemnización correspondiente (beneficiaria).
- b) El Decreto 1082 de 2015 dispone que el seguro de responsabilidad civil extracontractual a favor de entidades estatales debe otorgarse bajo la modalidad de ocurrencia, por lo tanto, el daño que sufra la víctima debe ocurrir durante la vigencia de la póliza, aunque la reclamación sea posterior siempre que no haya ocurrido la prescripción.
- c) El seguro de responsabilidad civil extracontractual debe estar vigente durante todo el período de ejecución del contrato. La prescripción de los derechos del asegurado corre desde el momento en que la víctima le reclame judicial o extrajudicialmente la indemnización; a partir de ese momento el asegurado tiene dos años para reclamarle a la aseguradora.
- d) No es procedente pactar franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que impliquen la asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada. La franquicia es un límite fijo por debajo del cual responde exclusivamente el asegurado.
- e) El deducible es un valor o porcentaje de participación del asegurado en la pérdida que sufra. El Decreto 1082 de 2015 establece que no pueden pactarse deducibles mayores al 10% del valor de cada pérdida y en ningún caso puede ser superior a 2.000 smmlv.

- f) La constitución de seguros obligatorios por parte del contratista, como los relacionados con la administración de riesgos laborales, no exime al contratista de constituir la póliza de responsabilidad civil extracontractual; para este caso, en el amparo patronal.

Para tener en cuenta

Los componentes de la garantía de cumplimiento deben estar de acuerdo con los manejos del objeto, tiempo y presupuesto, de tal manera que asegure la proporcionalidad de los amparos exigidos en los pliegos. Su aprobación por parte de la entidad no puede estar condicionada a la presentación de una constancia de pago de la póliza o la constitución de una fiducia. Se deben incluir dentro de esta garantía los perjuicios derivados del incumplimiento parcial o total, o del cumplimiento tardío o defectuoso del contrato¹⁸.

¹⁸. Gobernación de Cundinamarca. *Manual de contratación*. 2016

Capítulo VIII

Ejecución contractual

Supervisión e interventoría de los contratos del Estado

El seguimiento a la ejecución contractual se constituye en una de las etapas más importantes para la administración pública, es allí en donde se verifica que los contratistas cumplan con el objeto contractual y cada una de las obligaciones contraídas en desarrollo de este. Conocer en detalle la ejecución del contrato implica un seguimiento permanente a lo establecido en el pliego de condiciones, la propuesta del contratista y el contrato, para así realizar el seguimiento técnico, administrativo y financiero establecido en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

El seguimiento a la ejecución de los contratos del Estado es una responsabilidad de las entidades que deben garantizar que los bienes y servicios contratados cumplan con las especificaciones y características establecidas en el contrato, sin afectar ni a la entidad, ni al contratista, ni a la comunidad. Las entidades están obligadas a garantizar que los contratistas cumplan con su objeto contractual, es por ello que, independiente de la modalidad, tipo de contrato y cuantía, y atendiendo a la complejidad de su ejecución, se optará por supervisión o interventoría.

Es necesario tener en cuenta que se debe tener interventor en todos los contratos de obra cuando se utilizó la modalidad de licitación pública para la selección del contratista (Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 1). De la misma forma, en todos los contratos, la entidad estatal deberá justificar en el estudio previo acerca de la necesidad de contar o no con una interventoría cuando el contrato de obra supere la menor cuantía de la entidad (Ley 1474 de 2011, artículo 83, parágrafo 1).

Supervisión contractual

La supervisión la realizan funcionarios de la entidad estatal sobre la ejecución de los contratos; esta es ejercida por servidores públicos cuando

no se requiere de conocimientos especializados. Para la supervisión de los contratos, la entidad podrá optar por contratar personal de apoyo a la supervisión, sin embargo, la responsabilidad será del servidor que ejerce la función.

La entidad estatal debe procurar el cumplimiento de requisitos mínimos de sus servidores para el ejercicio de la supervisión, entre ellos, experiencia en el objeto contratado, estudios afines, funcionarios del área estructuradora del proceso, equipo interdisciplinario cuando la complejidad del contrato así lo amerite; para este caso se determinarán las funciones precisas de cada miembro del grupo.

El ordenador del gasto de la entidad mediante comunicación escrita notificará al servidor la designación de la supervisión, comunicación que reposará en el expediente contractual; cuando por situaciones administrativas se requiera el cambio temporal o definitivo, este debe constar por escrito, igual que la nueva designación. Para estas transiciones siempre se deberá hacer entrega de un informe de avance de la supervisión en el que conste el estado del contrato en ejecución.

Cuando la designación del supervisor se realice en el contrato, el cambio de este siempre se realizará mediante una modificación; se entiende que, cuando la entidad por alguna circunstancia no designe supervisor, esta será ejercida por el ordenador del gasto.

Interventoría contractual

La interventoría la realiza una persona natural o jurídica cuando por la complejidad del contrato y el conocimiento especializado así se determine. Cuando la entidad lo encuentre justificado, la interventoría efectuará el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato. La interventoría debe contar con personal y experiencia específica en el objeto contratado, poseer un equipo interdisciplinario que proceda con total independencia de la entidad para ejercer su función.

La diferencia fundamental entre el ejercicio de la supervisión y la interventoría está en que el interventor es una persona natural o jurídica externa a la entidad que adelanta funciones técnicas, mientras que el supervisor es funcionario de la entidad que no solo cuenta con funciones técnicas, sino también de índole administrativa, contable, financiera y jurídica.

Finalidades de la supervisión y la interventoría

- *Proteger la moralidad administrativa:* este principio involucra la función administrativa, la actuación de los servidores públicos en torno a la debida selección del contratista y el seguimiento a la ejecución contractual que garantice la protección de los recursos públicos, la prestación de los servicios a cargo y adquisición de los bienes a cargo del Estado.
- *Prevenir la ocurrencia de actos de corrupción:* el seguimiento contractual disminuye la posibilidad de que se puedan materializar actos de corrupción que afecten el desarrollo y cumplimiento del contrato.
- *Tutelar la transparencia de la actividad contractual:* la sentencia del 27 de enero de 2016 del Consejo de Estado indica en cuanto a este principio: “El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.” (sentencia del 27 de enero de 2016, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).
- *Controlar y vigilar la ejecución del contrato:* con la supervisión o la interventoría el Estado busca realizar un seguimiento constante para prevenir posibles retrasos que conlleven incumplimiento, garantizar que las condiciones pactadas se cumplan e implementar acciones para lograr la correcta ejecución del contrato.
- *Verificar y evaluar las condiciones establecidas:* la administración, a través de los supervisores o los interventores, debe verificar y evaluar que los ofrecimientos realizados por los contratistas en cuanto a personal,

especificaciones técnicas, características de las fichas técnicas, cantidades de obra se cumplan.

Funciones de los superiores e interventores

Legales

- Verificar que el contrato cumpla con los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización.
- Velar porque la garantía única se encuentre vigente y acorde con lo estipulado, y actualizada en caso de prórrogas o adiciones contractuales.
- Velar por el cumplimiento de obligaciones laborales, pagos de salud, pensiones, parafiscales, seguridad y salud en el trabajo.
- Solicitar la aplicación de sanciones, elaborar los informes que soporten un posible incumplimiento y participar en las audiencias, aporrandando pruebas y los documentos necesarios para ello.
- Revisar el contrato y solicitar ajustes si encuentra inconsistencias, contradicciones, vacíos, etc.
- Verificar el cumplimiento de permisos, licencias, personal.
- Suscribir el acta de inicio en los casos establecidos por la ley o cuando el contrato así lo establece.
- En caso de contratos de prestación de servicios de persona natural cuya duración sea superior a un mes, deberá acreditarse la afiliación y el examen de salud ocupacional con mínimo un día antes del inicio de la ejecución de la labor contratada (Ley 1562 de 2012 y Decreto 723 de 2013).
- Rendir los informes que el ordenador del gasto le solicite durante o posterior a la ejecución del contrato, así como los que soliciten los diferentes órganos de control.
- Responder oportunamente las solicitudes y peticiones del contratista dentro del término legal, evitando que se configuren las causales de silencio administrativo consagradas en el capítulo VII de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Técnicas

Comprenden aquellas labores encaminadas a determinar si las obras, servicios o bienes se ajustan a las cantidades, especificaciones y calidades establecidas en los pliegos de condiciones y en el contrato, o si las obras se ejecutan con sujeción a los diseños, proyectos y planos previamente aprobados, o la evaluación de los cambios y modificaciones que sean necesarios; en el aspecto técnico se debe tener en cuenta:

- Revisar los planos, proyectos y especificaciones técnicas de la obra, fichas técnicas de los bienes o servicio que se deben ejecutar mediante el contrato.
- Verificar que el contratista haya obtenido los permisos, licencias o autorizaciones que se requieren para el oportuno cumplimiento del contrato.
- Verificar la calidad de las obras, bienes y servicios contratados durante la ejecución del contrato.
- Hacer seguimiento al cronograma y velar por su cumplimiento.
- Verificar la calidad en cuanto a normas técnicas, número e idoneidad del equipo de trabajo propuesto, de manera que sean idóneos; verificar que los bienes cumplan con las características ofrecidas.
- Suscribir las actas de seguimiento.
- Corroborar que se expida el respectivo documento de ingreso de bienes al almacén, una vez realizado el ingreso a dicha dependencia o la entrega al funcionario beneficiario establecido en el contrato.
- Verificar y dejar constancia del correcto funcionamiento de los bienes entregados e instalados o del servicio prestado.
- Realizar actas de entrega y recibo de bienes, obras o servicios.

Administrativas

- Organizar los documentos, informes, control de correspondencia. Entregarlos de conformidad con las normas de archivo y oportunamente.
- Informes oportunos. (El Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.1.7.1, refiriéndose a la publicación en el Secop, indica que deben publicarse los documentos del proceso; el Decreto 103 de 2015,

en su artículo 8º, establece que, para efectos del cumplimiento de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, relativa a la información sobre la ejecución de contratos, el sujeto obligado debe publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato).

- Realizar reuniones periódicas con el contratista, para evaluar el avance del contrato y las dificultades que se llegaren a presentar; las fechas de reunión se podrán fijar en el acta de inicio o cronograma de ejecución.
- Realizar requerimientos y emitir informes por escrito.
- Coordinar con otras dependencias de la entidad las actividades que incidan en la normal ejecución del contrato.

Financieras y contables

Están dirigidas a controlar el buen manejo e inversión de los recursos del contrato; a revisar y aprobar las cuentas del contratista (según se establezca en el contrato); a examinar los extractos contables para verificar que los rendimientos que lleguen a producir los recursos entregados como anticipo se trasladen al tesoro; a estudiar las fórmulas de reajustes de precios y de compensaciones económicas al contratista y autorizar los pagos; abarcan también la realización, entre otras, de otras actividades de tipo contable y financiero, como:

- Verificar la forma de pago y sus condiciones.
- Verificar las facturas y tramitar su pago.
- Mantener control detallado de los pagos realizados al contratista, a través de un listado o cuadro de control, y verificar que se cancelen los pagos en las fechas acordadas.
- Hacer seguimiento, verificar y velar por el reintegro de rendimientos financieros cuando se encuentran pactados en el contrato o convenio.
- Solicitar el reintegro oportuno de saldos a favor de la entidad.
- Verificar el cumplimiento de los requisitos para entrega del anticipo, si lo hay, y constatar su correcta inversión; al efecto exigirá la presentación de,

por lo menos, el Programa de Utilización de Personal y Equipos durante la ejecución del contrato, el Programa de Flujo de Fondos del contrato y el Programa de Inversión del Anticipo.

- Verificar el plan anualizado de Caja PAC.

Responsabilidades de los supervisores e interventores

La *Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado* de Colombia Compra Eficiente expresa: “En los términos de la Ley 80 de 1993 y el Estatuto Anticorrupción, las entidades estatales, los servidores públicos, contratistas e interventores que intervienen en la celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal son responsables por sus actuaciones y omisiones y en consecuencia responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones”¹⁹; de la misma forma, la Ley 1882 y la jurisprudencia han señalado la responsabilidad de los intervinientes frente a la ejecución de los contratos del Estado, indicando que son responsables por su actuaciones y omisiones, y responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Penal

- Cuando existe por parte del servidor público un interés ilícito en la celebración de contratos, para provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones.
- Cuando tramite cualquier actuación contractual sin el cumplimiento de los requisitos legales o esenciales, como la celebración o la liquidación del contrato, para obtener un provecho ilícito para sí mismo, para el contratista o para un tercero.

Fiscal

Está relacionada con el manejo y administración de los recursos públicos. La responsabilidad fiscal se deriva de la gestión fiscal que hagan

19. Gobernación de Cundinamarca. *Manual de contratación*. 2016

los funcionarios públicos, o los particulares que administren recursos del Estado (Ley 610 de 2000).

Civil

En esta se clasifica la responsabilidad de la persona (particular o funcionario público) frente al Estado y frente al particular por los perjuicios causados con su actuación en desarrollo y cumplimiento de la actividad de la función a su cargo.

La Constitución Nacional, en su artículo 6º, establece que la responsabilidad de los particulares solamente será por infringir la ley, y que la responsabilidad de los funcionarios públicos será por las mismas causas (infringir la ley) y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Disciplinaria

A este tipo de responsabilidad pertenecen aquellos actos o hechos de un funcionario o empleado que, sin tipificarse como un delito, son hechos y actos que perturban el normal, cabal y adecuado cumplimiento de las funciones asignadas a la persona. La acción u omisión que de una u otra manera perjudique el correcto desempeño de un determinado ente conlleva una responsabilidad y una sanción disciplinaria, sanción que será gradual según la gravedad o levedad de la falta, y de las consecuencias al Estado.

Fallas recurrentes

- Falta de lectura de los documentos previos, propuesta y contrato.
- Contratos con acta de inicio sin contar con la garantía o sin la aprobación de esta.
- Contratos que se dejan vencer por falta de seguimiento, o prórrogas ocasionadas por incumplimientos del contratista.
- No se realizan reuniones de seguimiento y si se efectúan no se levantan las actas correspondientes.
- No se hacen ni se presentan informes parciales, o se presentan de manera extemporánea.

- Los informes finales no demuestran la verdadera ejecución contractual, productos entregados, cumplimiento.
- Solicitud de adelantar incumplimiento sin soportes, sin requerimientos previos ni documentos que lo sustenten.
- Requerimientos al contratista realizados de forma verbal.
- Toma de decisiones sin tener la competencia.
- La supervisión en convenios interadministrativos es de igual responsabilidad que en los demás.

Recomendaciones

- En caso de posible incumplimiento, el supervisor debe generar el requerimiento inmediato y por escrito al contratista e informar al ordenador del gasto, a fin de que se dispongan las acciones legales dispuestas, como la imposición de multas, terminación unilateral y caducidad, de tal forma que las acciones contractuales no caduquen y se garanticen las actuaciones del departamento para salvaguardar el contrato.
- Es necesario advertir oportunamente los riesgos que puedan afectar la eficacia del contrato y tomar las medidas necesarias para mitigarlos.
- Convocar reuniones periódicas con el contratista a fin de lograr una comunicación directa y permanente que pueda evidenciar los avances y las eventualidades que puedan surgir durante la ejecución contractual.
- En el evento en que el supervisor del contrato pierda comunicación con el contratista o este no responda de manera adecuada al cumplimiento de las obligaciones, deberá informarlo al competente contractual, a fin de que se adelanten oportunamente las gestiones necesarias para lograr el cumplimiento del contrato en los términos inicialmente previstos.
- El supervisor debe disponer todas las acciones necesarias para evitar que se generen actuaciones administrativas mediante las cuales se materialicen obligaciones de erogación o pago sin el trámite presupuestal correspondiente (hechos cumplidos).
- Las adiciones y las prórrogas solo se aplicarán en casos excepcionales que correspondan a factores externos y absolutamente imprevisibles a

las partes, los cuales deberán ser argumentados y justificados para la verificación por parte del supervisor.

- Al elaborar el acta de liquidación se debe revisar la vigencia de los amparos que van a tener cobertura con posterioridad a la firma de esta –calidad, estabilidad, prestaciones laborales, mantenimiento y demás poscontractuales–, por cuanto estas deben quedar debidamente actualizadas y aprobadas por el funcionario competente; además, serán objeto de verificación hasta su finalización por parte del supervisor del contrato.
- Los informes del supervisor generados para el pago deben detallar el valor agregado alcanzado con la contratación, el impacto logrado en el cumplimiento de la meta correspondiente en el plan de desarrollo, todo lo anterior soportado con pruebas idóneas, como planillas de firmas, fotografías, videos, actas y documentos.

Es importante señalar que se debe dar estricto cumplimiento de las disposiciones del artículo 84, parágrafo 3, de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción: “El interventor que no haya informado oportunamente a la entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor. Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen”²⁰.

Por último, es necesario señalar el deber de atender las recomendaciones de la Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado de Colombia Compra Eficiente.

20. Gobernación de Cundinamarca. *Manual de contratación*. 2016 Ley 1474 de 2011, publicada en el Diario Oficial N° 48128, 12 de julio de 2011.

Capítulo IX

Las compras sostenibles como una buena práctica en las compras públicas

La estrategia de compras sostenibles propende para que en las entidades públicas se cree una cultura de compras sostenibles en las que en la contratación de bienes, servicios y obras se genere un impacto ambiental reducido durante todo su ciclo de vida en comparación con los bienes, servicios y obras con la misma función principal que normalmente se hubieran adquirido.

Principios

Las compras públicas sostenibles se fundan en los siguientes principios:

- a) *Eficiencia*. La estrategia derivada de la presente ordenanza estará orientada a la óptima utilización de los recursos de las entidades del departamento disponibles para la obtención de beneficios ambientales, sociales y económicos en sus planes de compras.
- b) *Recursos naturales renovables*. La estrategia deberá contemplar como recursos naturales renovables todos los organismos vivos que crecen y se renuevan, como, por ejemplo, la flora y fauna.
- c) *Sostenibilidad*. La estrategia deberá basarse en el principio de sostenibilidad, el cual busca satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades.
- d) *Reutilización*. La estrategia deberá contemplar la acción de volver a utilizar los bienes o productos que le sean necesarios. La utilidad puede venir para el usuario mediante una acción de mejora o restauración, o sin modificar el producto si es útil para un nuevo usuario. Este principio aplica en la medida en que el residuo y la ley lo permitan.
- e) *Reciclaje*. La estrategia tendrá el compromiso de usar los materiales una y otra vez, para hacer nuevos productos o en su defecto adquirir

los productos que partan de este principio. Este principio aplica en la medida en que el residuo y la ley lo permitan.

- f) *Prevención de la contaminación.* La estrategia contemplará la revisión de las operaciones y procesos unitarios que hacen parte de una actividad productiva o de servicios, con miras a encontrar las diversas posibilidades de mejoramiento u optimización en el uso de los recursos.
- g) *Gradualidad.* La estrategia se debe ejecutar de una manera progresiva, es decir, conforme a un plan previamente trazado, hasta lograr la implementación total en todas las entidades departamentales. Dentro del proceso de gradualidad se deberá llegar hasta las compras sostenibles, elemento que vincula los criterios de desarrollo económico, social y ambiental (fomento de Mipymes, promoción de la actividad campesina, promoción de la agricultura orgánica, generación de empleo formal, fomento en nuevas tecnologías, apoyo a la competitividad, inclusión integral de los recicladores de oficio, consumo saludable, generación de cadenas productivas sostenibles, entre otros).
- h) *Calidad.* La estrategia basará sus acciones en una filosofía de acción continua por mejorar con el fin de obtener un producto o servicio con beneficios ambientales, sociales y económicos para la ciudad; en tal sentido, formarán parte de la construcción del ser y los procesos institucionales en la cultura ambiental.
- i) *Corresponsabilidad y concurrencia.* La estrategia se orienta a fortalecer la responsabilidad compartida entre el Estado, la industria nacional e internacional, los actores de la sociedad civil, las organizaciones y procesos sociales.
- j) *Análisis del ciclo de vida.* Es la evaluación de un bien o servicio desde la extracción y adquisición de la materia prima, hasta el uso y tratamiento al final de la vida útil y la disposición final.

Lineamientos

Los principales lineamientos que debe tener una estrategia de compras sostenibles son los siguientes:

1. Debe articularse con las siguientes normas:
 - a) Conpes 3934 de 2018, Política de Crecimiento Verde (DPN).
 - b) La Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible²¹.
 - c) Guía metodológica de compras sostenibles, dictada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible²².
 - d) Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica (3ª ed.), de Green Public Procurement (GPP)²³.
 - e) Proyecto de Compras Sostenibles en Salud (SHiPP).
 - f) Los Planes Institucionales de Gestión Ambiental (PIGA) y el Plan de Desarrollo.
2. Vincular los ámbitos de aplicación de las compras sostenibles, a saber: (i) evaluación de proveedores: ¿a quién le compro?; (ii) evaluación de bienes y servicios: ¿qué compro?; y (iii) evaluación metodológica de compra: ¿cómo compro?
3. Las compras sostenibles promoverán la adquisición de productos amigables con el ambiente en todas las etapas: desde su extracción de materia prima, producción, distribución, utilización, reutilización, hasta su disposición final.
4. Contar con mecanismos de aprendizaje sistemático para todas las entidades donde se busca implementar esta estrategia, sobre todas las maneras en las que un producto puede afectar la salud del individuo, la comunidad y al ambiente durante su ciclo de vida: los materiales que se usaron para su fabricación, la manera como se usan, qué se hace con él cuando terminamos de usarlo; todo ello para que podamos hacer elecciones inteligentes.
5. Los demás lineamientos que se estime convenientes para la adecuada formulación de la estrategia.

21. <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/154-plantillaasuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-7#pol%C3%ADticas>.

22. http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/Sello_ambiental_colombiano/guia_compras_publicas_sostenibles.pdf

23. https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf

Condiciones ambientales mínimas para la operación del plan de acción

- a) Las compras sostenibles deberán planear la exclusión o limitación de sustancias químicas nocivas para la salud humana y el equilibrio ambiental.
- b) Garantizar la duración, reparabilidad y piezas de recambio para los bienes o productos que adquieran las entidades.
- c) Las compras sostenibles deben estimular el desuso de los empaquetados excesivos y fomentar el uso de alternativas ecológicas.
- d) La estrategia encargará a los directamente responsables de la planeación de la contratación de cada entidad (alta gerencia y área de contratación) con el entero cumplimiento de este programa; a su vez, se llevará a cabo un fortalecimiento integral de los gestores PIGA, quienes deberán estar presentes en los procesos de planeación y programación contractual para brindar los elementos necesarios a fin de hacer las compras de manera más inteligente.
- e) Para los bienes o servicios que incluyan alimentos, el departamento procurará que estos sean de origen orgánico, que fomenten los proyectos campesinos y la creación de alternativas económicas en todo el departamento.
- f) La estrategia de compras sostenibles exigirá el cumplimiento de la normatividad ambiental para todos los productores de bienes y servicios.

Medidas

Se proponen las siguientes medidas que dan línea a los temas prioritarios que cada entidad podrá tener en cuenta para impulsar las compras públicas sostenibles:

- Involucrar criterios de sostenibilidad en los planes de compras, teniendo en cuenta, primero, el ahorro y consumo sostenible de bienes y/o servicios; segundo, el conocimiento y monitoreo de los beneficios ambientales, económicos y sociales que se generen con la adquisición de dicho bien y/o servicio.
- Formalizar la conformación del comité de compras públicas sostenibles dentro de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como la instancia que tendrá a cargo:

- a) Establecer los criterios de compras sostenibles para bienes y servicios por incluir como requisitos en la contratación de cada entidad con el apoyo de expertos de cada sector.
 - b) Entrenar a los equipos de compras con capacitaciones formales en los criterios de compras sostenibles por incluir en la contratación.
 - c) La definición de un sistema de indicadores que permita evaluar los beneficios ambientales, sociales y económicos de las compras realizadas, los cuales deberán ser desarrollados y reportados por las entidades del Estado anualmente. (Se sugiere tener en cuenta la medición de la huella de carbono).
 - d) La elaboración de los informes de seguimiento y evaluación de los logros obtenidos a nivel ambiental, social y económico de las contrataciones sostenibles realizadas por las entidades del Estado.
 - e) La definición de las nuevas metas que se plantee el Estado en lo relacionado con la implementación de nuevos criterios de sostenibilidad en las futuras contrataciones.
 - f) Colaborar a nivel nacional e internacional en las iniciativas, redes y grupos de trabajo que se puedan crear en el ámbito de la compra pública sostenible.
- Las entidades que componen el departamento de Cundinamarca deberán incluir estos lineamientos en la elaboración de sus planes de compras; estos planes, así mismo, deberán incluir la línea base y las metas anuales de compras sostenibles, al igual que el plan interno de implementación y el esquema de educación y participación de los funcionarios de la entidad.
 - Implementar jornadas de capacitación y socialización destinadas al personal de las entidades públicas del departamento en lo relacionado con el tema de compras públicas sostenibles.
 - Tener en cuenta las siguientes definiciones para seleccionar los bienes y servicios: los productos sostenibles son aquellos que en comparación con otros: generan eficiencia en el uso de recursos, energía o agua; usan recursos renovables; tienen bajo contenido o ausencia de sustancias

tóxicas para la salud de los individuos, las comunidades y el ambiente; emiten bajas cantidades de gases de efecto invernadero y de otras sustancias agotadoras de ozono; contribuyen a la disminución de residuos; permiten reducción de desperdicios; usan materiales con criterios de sostenibilidad; provienen de procesos de producción limpia; son duraderos; son fáciles de reparar; son reusables; están fabricados con materiales que pueden ser separados y/o reciclados; son materiales locales (no requieren de distancias largas de transporte); incluyen mano de obra en condiciones digna; evitar compras de bienes de un único uso; propender por compras que se degraden en el menor tiempo posible.

Criterios para la selección de los proveedores de los bienes y servicios sostenibles

- a) Ambientales: generación de cadenas productivas sostenibles; trazabilidad del impacto ambiental; reducción de impactos negativos en el ambiente.
- b) Sociales: apoyo a las Mipymes; generación de empleo formal; rápido cambio cultural hacia compras sostenibles; adopción de medidas para el apoyo a la población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y sujetos de especial protección constitucional; ausencia de impacto negativo para la salud de los individuos, las comunidades y el ambiente.
- c) Económicos: apoyo a la industria nacional; impulso a la competitividad y a la innovación en mercados verdes; consumo por volumen y por nivel de gasto de la entidad.

Aseguramiento de la inclusión de consideraciones ambientales en las diversas etapas del proceso de gestión contractual

Dentro de la compra sostenible se debe asegurar la inclusión de consideraciones ambientales en las diversas etapas del proceso de gestión contractual:

- a) Identificación de la necesidad real de la compra.
- b) Definir las especificaciones ambientales, sociales y económicas de la compra en el marco de lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1150 de

2007. –Existen más normas actuales para la compra sostenible, como el Conpes 3934 de 2018, Política de Crecimiento Verde (DPN)–.

- c) Establecer requisitos habilitantes para el proveedor de bienes y servicios en el marco de la capacidad jurídica, financiera, de organización y la experiencia.
- d) Evaluar las ofertas ponderando la que mejor cumpla los requisitos de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones.
- e) Incluir en los contratos cláusulas sostenibles cuya necesidad se determinó previamente en los estudios y documentos previos.
- f) Asegurar los estándares ambientales, sociales y económicos a la hora de ejecutar el contrato.
- g) Implementar un plan de compras sostenible de manera gradual, empezando por los bienes y servicios, teniendo especial cuidado con los objetivos que se quieren lograr, las medidas, los medios de verificación y la legislación asociada a la cual habría que darle cumplimiento.
- h) Coordinar acciones entre los diversos organismos que lideran políticas públicas que puedan tener puntos comunes con la implementación de compras públicas sostenibles.

Los procesos de compras y los criterios ambientales

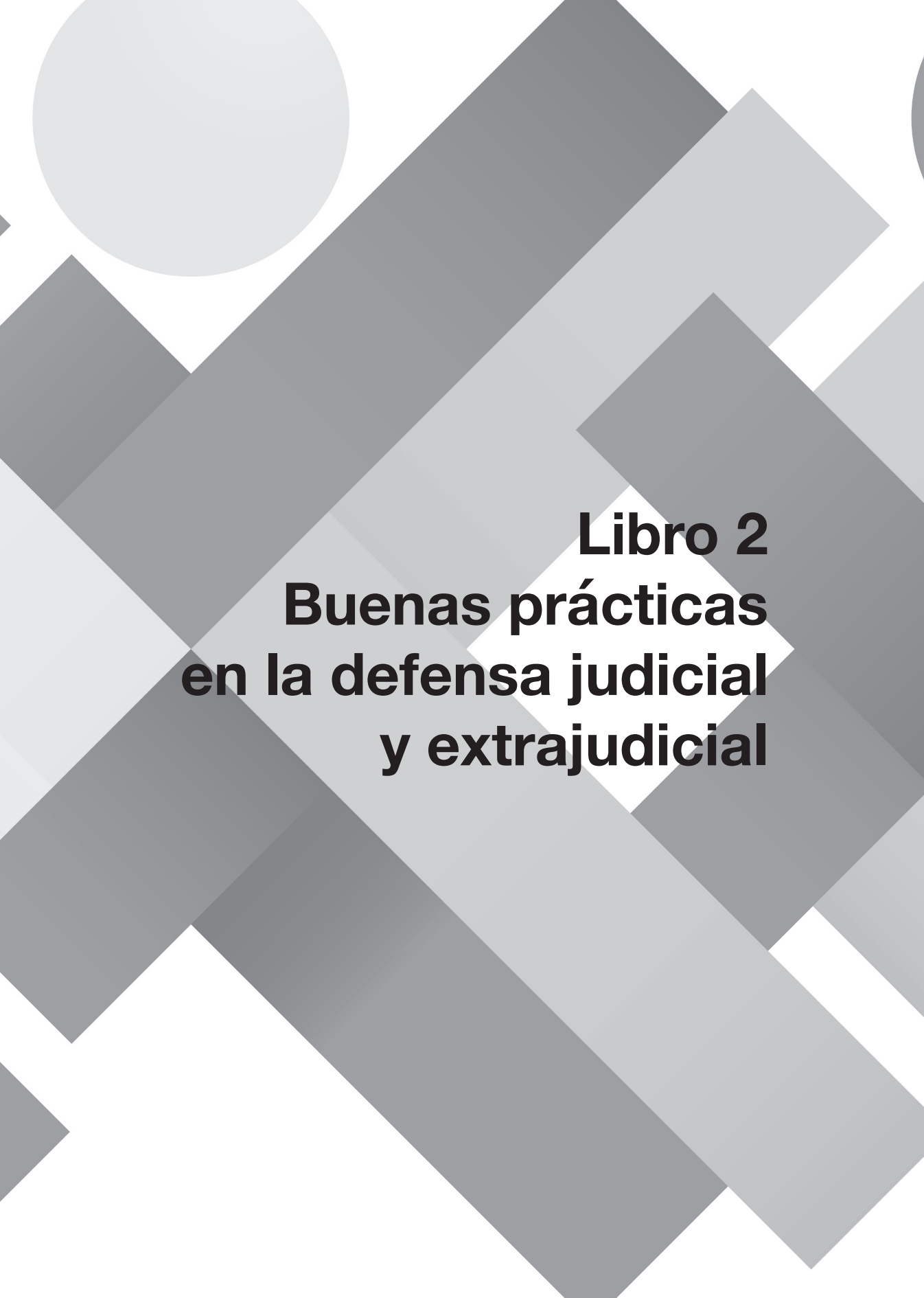
En los procesos de contratación de compras públicas sostenibles que empezarían a ejecutar las entidades del departamento, existen distintos momentos en los que es necesario incorporar criterios de sostenibilidad para asegurar que se entiendan las necesidades de compra, se especifique el bien por comprar y se administre el contrato con los criterios establecidos. La siguiente relación resume estos momentos y las consideraciones ambientales que deben ser desarrolladas en cada etapa.

Etapas del proceso de compra. Consideraciones ambientales

Las etapas que conlleva la implementación de la estrategia de compras sostenibles son las siguientes:

- a) Identificación de la necesidad real de compra: repensar las necesidades actuales. Se puede eliminar o reutilizar. Si se va a comprar, pensar si existen opciones sostenibles.
- b) Definir las especificaciones ambientales, sociales y económicas de la compra en el marco de lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y demás normas ambientales acorde al sector.
- c) Definir especificaciones ambientales, sociales y económicas para los bienes y servicios con el fin de minimizar los impactos que estos puedan generar.
- d) Establecer requisitos habilitantes para el proveedor de bienes y servicios en el marco de la capacidad jurídica, financiera, de organización y la experiencia. Pedir pruebas de la capacidad del proveedor para cumplir con determinado comportamiento ambiental, social y/o económico, y de la capacidad de la oferta del bien y/o servicios.
- e) Administración del contrato: asegurar los estándares ambientales, sociales y económicos a la hora de ejecutar el contrato, insertando en él cláusulas claras de cumplimiento y señalando las multas por incumplimientos.





Libro 2
Buenas prácticas
en la defensa judicial
y extrajudicial

Capítulo I (parte general)

Defensa judicial y extrajudicial

Concepto defensa

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define la “defensa” como la “razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la pretensión del demandante”.

La defensa en juicio se define como “el derecho reconocido constitucionalmente de peticionar ante un órgano de justicia, reclamando una resolución o una decisión justa en el litigio. Es también la garantía de ese derecho”¹.

En concordancia con lo anterior, al artículo 29 de la Constitución Política plantea el debido proceso como “el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos; de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”². Este concepto está en armonía con el derecho de acceso a la administración de justicia, con el de contradicción y con la presunción de inocencia. Es por ello que constituye derecho fundamental en la Constitución Política.

1. (1957). *Enciclopedia jurídica Orbea*. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

2. Sentencia C-025/09, derecho a la defensa-garantía del debido proceso/derecho a la defensa-definición/derecho.

Alcance de la defensa

Bajo este entendido es necesario determinar el alcance de la defensa: ¿dónde comienza y dónde termina esta? De acuerdo con la normatividad vigente y atendiendo a la actividad diaria de las entidades públicas tanto en su función misional como de apoyo, así como con la constitucionalización del derecho administrativo y la estructura que los nuevos códigos imponen, la defensa comienza desde que la entidad expide el acto administrativo, incurre en la omisión o efectúa la operación, o por cualquier otra causa imputable a entidad pública o particular en ejercicio de funciones públicas, de conformidad con la Ley 1437 de 2011. Una vez expedido u omitido el acto, hecho, operación, se da paso al accionar del interesado contra la entidad pública o a iniciativa de ella, caso en el cual la administración debe disponer de los mecanismos constitucionales y legales para atender su deber y satisfacer las necesidades y derechos de los administrados, independientemente de si la decisión es positiva o negativa. Comprende los recursos dentro de la actuación administrativa, siguiendo por la conciliación en los casos previstos para ello, dando paso a un proceso judicial, el cual puede admitir recursos extraordinarios o tutela por vía de hecho contra sentencia judicial según lo normado para dichas figuras.

Defensa judicial y extrajudicial

Hoy en día se delimitan las dos defensas, siendo la extrajudicial la comprendida en el escenario de la actuación administrativa y la conciliación extrajudicial, y la segunda, la desarrollada dentro del proceso judicial a instancias del juez competente.

Importancia de la defensa judicial

Según encuestas realizadas a diferentes funcionarios judiciales y del Ministerio Público (jueces, magistrados, procuradores judiciales administrativos) sobre el diagnóstico de la gestión de defensa de los abogados litigantes durante 2014 y 2015, las deficiencias más frecuentes presentadas en la actividad de los abogados en el ejercicio de los intereses del Estado radicarón en: ligereza en la valoración de los riesgos tendientes

a determinar la viabilidad o no de llegar a la conciliación; ausencia de conocimiento claro del problema jurídico; omisión en el seguimiento oportuno al proceso; ausencia de compromiso en la defensa (no contestar la demanda en tiempo, al igual que los recursos); falta de capacitación y actualización de los abogados en los procedimientos; desconocimiento por parte de estos de la ley y demás normatividad vigente aplicable al caso concreto, así como del precedente judicial y de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional; ausencia de material probatorio suficiente que soporte la defensa e insuficiencia de una adecuada y coherente argumentación jurídica. (Anexo 1).

Por otro lado, el estudio elaborado por la Federación Nacional de Departamentos en 2010 en relación con la defensa judicial ejercida por los departamentos analizó las razones por las cuales los procesos resultan adversos, encontrando que las principales razones son: 1) Ausencia de un sistema que permita recopilar la información judicial de los procesos judiciales. 2) El alto número de demandas en contra de las entidades impide que sus abogados preparen la defensa. 3) Falta de aplicación por parte del Estado de mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC). 4) Inexistencia de homogeneización en la defensa de las entidades. 5) Falta de gestión por parte de las entidades para que los jueces conozcan la realidad de las situaciones confrontadas. 6) Ausencia de programa de defensa por parte de la entidad que permita identificar las causas más frecuentes de demandas más notorias y prevenir los litigios. 7) Inexistencia de estrategias a largo plazo en defensa judicial. 8) Negativa de las entidades territoriales a acatar decisiones jurisprudenciales³.

El impacto de la defensa judicial se refleja en los siguientes aspectos: nivel de asertividad en la expedición de actos administrativos por parte de la entidad pública, contingente judicial, índice de sentencias favorables o

3. Véase el estudio efectuado por la Federación Nacional de Departamentos, "Hacia un nuevo modelo de gestión jurídica pública en los departamentos colombianos" (2010).

desfavorables, pago de intereses moratorios, prevención del daño antijurídico, desgaste o efectividad en trámites administrativos, entre otros.

En términos generales, son tres los elementos que deben ser tenidos en cuenta para ejercer una óptima defensa: 1) Fijación de políticas de defensa, con su consecuente seguimiento y ajustes. 2) Equipo de apoderados idóneos y en constante preparación. 3) Sistema de herramientas informáticas que permitan consolidar la información en tiempo real.

Principios rectores de la defensa judicial y extrajudicial

Los abogados, apoderados, servidores públicos y colaboradores que prestan sus servicios de asesoría, conceptualización y defensa jurídica a la administración departamental en las diferentes áreas misionales y de apoyo están obligados a observar en sus actuaciones los principios y procedimientos constitucional y legalmente establecidos para asegurar la defensa y protección de los intereses litigiosos en los procesos donde esté involucrada la entidad; en especial los previstos en los artículos 6º, 13, 29, 83, 90, 123, 124 y 209 de la Constitución Política; 3º de la Ley 1437 de 2011; 2º, 3º y 9º de la Ley 270 de 1996; 28 de la Ley 1123 de 2007; 2º al 14 de la Ley 1564 de 2012; 4º de la Ley 1285 de 2009, entre los que se destacan los siguientes:

Principios rectores de la defensa judicial

1. Debido proceso	Respeto de los procedimientos y normas establecidas en la Constitución y la ley con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción, y de los principios de igualdad, presunción de inocencia, <i>non reformatio in pejus</i> y <i>non bis in idem</i> , concordante con el artículo 29 de la C.P.; 3º y 9º de la Ley 270 de 1996; 28 de la Ley 1123 de 2007; 2º al 14 de la Ley 1564 de 2012.
2. Igualdad	Garantizar mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervienen en la actuación y protección especial a personas en condición económica, física o mental de manifiesta debilidad, concordante con los artículos 13, 29 y 209 de la C.P.; y 2º de la Ley 270 de 1996.
3. Imparcialidad	Garantizar que la actuación se adelante sin ninguna clase de motivación subjetiva (afecto, religión, clase política, condición social, etc.), concordante con los artículos 13 y 209 de la C.P.

4. Buena fe	Presumir el comportamiento leal y fiel por parte de las autoridades y los particulares en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes, concordante con el artículo 83 de la C.P.
5. Moralidad	Actuar con rectitud, lealtad y honestidad en el ejercicio de la defensa y colaborar lealmente en la recta y cumplida administración de justicia, concordante con los artículos 29 y 209 de la C.P.; y 28 de la Ley 1123 de 2007.
6. Responsabilidad	Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones de acuerdo con la Constitución y la ley, concordante con los artículos 6º, 29, 90, 123 y 124 de la C.P.
7. Publicidad	Deber de autoridades de dar a conocer sus decisiones a los interesados, concordante con el artículo 29 de la C.P.; y 37 y 20 de la Ley 1437 de 2011.
8. Eficiencia	<p>Propender por la eficiencia y diligencia en los asuntos cuya defensa tenga a cargo y asegurar la perentoriedad y cumplimiento de los términos procesales de forma que se permita la pronta y ágil solución de tales causas, concordante con el artículo 1º del Decreto 2637 de 2004.</p> <p>En trámite de conciliación: adecuada elaboración de la ficha técnica desde el punto de vista fáctico y jurídico, ofreciendo una argumentación completa de la postura (hechos, normas, precedente judicial, pruebas a fin de evitar procesos judiciales innecesarios), concordante con el Decreto 1716 de 2009.</p> <p>En ejercicio de la defensa ante los jueces: establecer la situación fáctica lo más completa posible y ofrecer la adecuada contestación de las pretensiones y solicitudes en las instancias administrativas correspondientes, tener pleno conocimiento de la normatividad y del precedente judicial aplicable al caso concreto, preparación de audiencias</p>
	teniendo en cuenta que el proceso se surte oralmente, solicitar en el momento procesal oportuno el saneamiento de nulidades resultantes de vicios de procedimiento, aportar la totalidad de las pruebas necesarias, prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, concordante con el artículo 228 de la C.P.
9. Celeridad y oralidad	Garantizar la pronta, cumplida y eficaz administración de justicia, evitando dilaciones injustificadas y asegurando que las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales sean orales, salvo las excepciones que establezca la ley, concordante con los artículos 4º de la Ley 1285 de 2009 y 28 de la Ley 1123 de 2007.

Marco normativo que rige al abogado

La Constitución Política regula en sus artículos 6º, 29, 90, 209 pautas fundamentales para el funcionario público y particulares que ejercen funciones públicas, las cuales se relacionan de forma estrecha con el ejercicio profesional del derecho.

La Ley 1123 de 2007 establece el Código Disciplinario del Abogado, el cual regula los principios rectores bajo los cuales se debe ejercer la profe-



CUNDINAMARCA
unidos podemos más

sión, los deberes e incompatibilidades del abogado, el régimen y procedimiento sancionatorio, así como las faltas disciplinarias a las que se puede ver expuesto.

La Ley 1564 del 12 de julio 2012 en su artículo 78 consagra los deberes de las partes y sus apoderados, y les imparte responsabilidades patrimoniales, según los artículos 80 y 81.

A su vez, los apoderados, funcionarios y exfuncionarios públicos son sujetos de responsabilidad fiscal, penal, civil y en acción de repetición como consecuencia de sus acciones u omisiones en el proceder profesional y sus efectos frente a la administración pública.

Capítulo II (parte especial)

Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MACS)

Actualmente, el Estado colombiano presta el servicio público de la administración de justicia, la cual está determinada inicialmente como gratuita para que todos los ciudadanos puedan acceder a ella.

En razón a ello y a la gran cantidad de conflictos que se generan entre estos y aquellos con la administración, la justicia gratuita presenta congestión en la resolución de los conflictos, retrasos ostensibles que pueden generar costos aún más altos, lo que hace que esa accesibilidad se convierta en una solución tardía y onerosa respecto al conflicto que comparten las partes procesales.

Ahora bien, el Estado otorga la opción de acceder a mecanismos alternativos de solución de conflictos para aquellas personas que desean dar una pronta solución al conflicto que les asiste; sin embargo, este tipo de justicia no es gratuita, por lo que su acceso es más restringido, pese a que es más rápida su resolución a través de decisiones que tienen los mismos efectos a las de una sentencia dictada por los jueces de la república o el surgimiento de un nuevo pacto, ello de acuerdo con el escenario en que se desarrolle.

Bajo el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar que un conflicto se solucione en la manera en que lo estimen más conveniente, por lo que pueden pactar *mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC)* no tipificados.

Entre las alternativas de solución de conflictos tenemos: la conciliación en equidad, conciliación en derecho, arbitraje nacional e internacional, amigable composición, mediación y negociación.

Es así como a través de este capítulo se presentarán los principales mecanismos alternativos de solución de conflictos, previo a mencionar el principio de legalidad que los rige, los cuales pueden ser estudiados a fin de ser incluidos dentro de las minutas contractuales, lo que podría no solo otorgar una solución más pronta al conflicto que pueda presentarse, sino que permitiría (según el caso) continuar con el contrato de una manera correcta y así evitar interponer acciones jurídicas ordinarias que podrían demorar en resolverse y, por ende, poner en riesgo el no cumplimiento de las finalidades del contrato y afectar a un conglomerado importante del departamento.

Principio de legalidad de los mecanismos alternativos de soluciones de conflictos

El artículo 116 de la Constitución de 1991 ordena:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

De acuerdo con el precepto constitucional, los particulares pueden ejercer actividades como jueces de manera transitoria, habilitando a aquellos que cumplan con los requisitos de ley para administrar justicia, dentro de los límites y parámetros que la misma ley establece.

Reglamentación

- 1) *La Ley 23 de 1991*, la cual crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, reglamentada por el Decreto 800 de 1991.

- 2) *El Decreto 2651 de 1991*, por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales, por un término de 42 meses para adoptar dichas disposiciones.
- 3) *La Ley 192 de 1995*, que prorroga el Decreto 2651 de 1991 por un año.
- 4) *La Ley 446 de 1998*, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.
- 5) *El Decreto 1818 de 1998*, por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.
Conforme con lo ordenado por el artículo 166 de la *Ley 446 de 1998*, se facultó al gobierno para que en los dos meses siguientes a la expedición de dicha ley se compilará lo referente a las normas de amigable composición, conciliación, arbitraje y la conciliación en equidad.
- 6) *La Ley 640 de 2001*, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.
- 7) *El Decreto 1716 de 2009*, que es aquel que establece normas para aplicar lo referente a la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo.

La conciliación

Los MASC, por medio de los cuales dos o más personas, naturales o jurídicas, de naturaleza privada o pública, nacional o extranjera, de manera autónoma gestionan la solución de sus conflictos a través de un tercero neutral y calificado como conciliador, cuya decisión tendrá plenos efectos legales.

Se denomina *extrajudicial* cuando esta es llevada por fuera de un proceso judicial; en caso de que intervenga en dicha conciliación una entidad del Estado, esta debe ser asistida por el apoderado de la entidad, quien debe allegar la certificación expedida por la secretaria del Comité de Conciliación

de dicha entidad y no aparte de la decisión que el Comité haya tomado sobre el asunto por conciliar.

Se denomina *judicial* cuando se surte dentro de un proceso contencioso; es una etapa por medio de la cual se pretende llevar a cabo la terminación del proceso a través de este mecanismo; para el caso de las entidades públicas, tiene el mismo tratamiento explicado en el proceso de la conciliación extrajudicial, esto es, allegar la certificación expedida por la secretaría del Comité de Conciliación de dicha entidad y no aparte de la decisión que el Comité haya tomado sobre el asunto por conciliar.

Se denomina en *equidad* cuando se lleve a cabo ante conciliadores en equidad; la persona interesada puede acudir a un punto de atención de la conciliación en equidad PACE o ante un conciliador en equidad de su comunidad.

Los PACE están ubicados en las casas de justicia, centros de convivencia ciudadana o aquellos lugares que determine la Secretaría del Gobierno Municipal, las organizaciones comunitarias o las organizaciones privadas que apoyan la conciliación en equidad.

Se denomina en *derecho* cuando la conciliación extrajudicial se realiza a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias.

Es importante tener en cuenta que los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos. Los notarios podrán cobrar por sus servicios de conformidad con el marco tarifario que establezca el gobierno nacional.

Cuando se trata de una conciliación en un centro de arbitraje y de conciliación, como, por ejemplo, la Cámara de Comercio, el usuario deberá cancelar según lo establecido en el régimen tarifario que dicho centro maneje.

La selección del conciliador se puede hacer por mutuo acuerdo, a prevención, es decir, cuando se acude directamente al abogado conciliador inscrito en el centro de conciliación, por designación que haga el centro de conciliación o por solicitud que haga el solicitante ante los servidores públicos facultados para conciliar.

La amigable composición

El artículo 59 de la Ley 1563 de 2012 define la amigable composición así:

“La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente”.

El amigable componedor es un mandatario de las partes, ello quiere decir que es la persona en que se confía la gestión de la resolución del conflicto; en ese orden de ideas, al confiarse esta gestión ante un tercero, este debe ser idóneo y conocedor del tema por dirigir, pues su experiencia hace la diferencia en la toma de decisiones que pueden trascender en un contrato de interés público.

El amigable componedor podrá ser singular o plural, podrá ser una persona natural o jurídica, de acuerdo con la voluntad establecida por las partes. El procedimiento también podrá ser establecido por ellas o por el centro de arbitraje elegido para efectuar la solución alternativa de conflicto.

Arbitraje nacional e internacional

La Ley 1563 de 2012 establece todo aquello a lo relacionado al arbitraje nacional e internacional. Este tipo de MASC es muy común para aquellos negocios que ostentan una cuantía alta y asuntos que por su naturaleza

tienen un impacto social y económico costoso, por lo que las partes requieren que la resolución del conflicto sea dada en un término de seis meses prorrogable hasta por otros seis meses, como lo impone la ley.

En los tribunales en que intervenga una parte estatal, el laudo se debe proferir en derecho, por ende, todo el procedimiento del arbitraje se desarrollará según lo consignado en la norma. No obstante, las partes sí pueden determinar libremente el centro de arbitraje para llevar a cabo la solución del conflicto, el número de árbitros y el nombre de ellos si así lo consideran, e incluso el término en que se resolverá el conflicto.

En la minuta contractual podrá establecerse la cláusula compromisoria o también podrá constar en un documento aparte del contrato, siempre y cuando esté suscrito por las partes y en el cual manifiesten su intención de resolver el conflicto a través de este mecanismo.

Es importante mencionar que la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria, es así que se trata de una cláusula autónoma que no depende de la vida jurídica del contrato (Ley 1563/12, art. 5°).

Ahora bien, el pacto arbitral obliga a las partes a renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

En cuanto a las tarifas de un arbitraje nacional, estas se encuentran establecidas en cada reglamento del centro de arbitraje y conciliación, así como en la Ley 1563 de 2012 y el Decreto 1829 de 2013.

Es necesario advertir que dentro del proceso de arbitraje existen etapas procesales similares a las de un proceso contencioso, como son: las audiencias para escuchar a las partes, audiencia de trámite, audiencia probatoria, medidas cautelares, alegatos de conclusión, recusación e impedimentos. Todas aquellas amparadas bajo los principios de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, que

finalmente resultarán con la expedición del laudo arbitral, el cual puede ser objeto del recurso de anulación.

Según lo señalado en la norma constitucional, el árbitro ejerce actividades de juez de manera transitoria; así las cosas, una vez que se ha expedido la decisión final en firme del arbitraje, el árbitro ya no actúa más, toda vez que ha perdido esa potestad (ver artículo 35 de la Ley 1563 de 2012).

Finalmente, se hace hincapié en que, al momento de establecer una cláusula compromisoria en las minutas contractuales, estas deben ser de obligatorio cumplimiento para las partes, pues si se llevara a cabo proceso contencioso ante juez de la república y al ser alegada esta como excepción, muy seguramente el juez la declarará y las partes tendrán que acudir a la solución alternativa de conflictos tal y como lo expresaron en el contrato o convenio suscrito, ello en razón a la autonomía y voluntad de las partes.

Si el órgano central desea llevar a cabo la inclusión de la cláusula compromisoria en las minutas contractuales, se recomienda un estudio anterior a la firma del contrato para analizar cuál será la alternativa que mejor convenga a las partes, ello en aspectos técnicos y financieros para el contrato.

Aspectos relevantes para ejercer defensa integral

Aspectos procesales en general

Es trascendente que el defensor del proceso examine la procedencia de los aspectos procesales que pueden aplicar a las diferentes clases de procesos judiciales previstos en los códigos; es decir, observe la ley procesal, entendida como la que “se ocupa de regular el proceso y las relaciones que de él nacen y se concluyen, sea civil, penal, contencioso administrativo, del trabajo o simplemente administrativo...”⁴.

Este aspecto cobra mayor importancia cuando la expedición de los últimos códigos, como el General del Proceso, de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptaron sus disposiciones hacia un modelo orientado a la evaluación y toma de decisiones sobre los procesos, comenzando por el examen de elementos procesales en aplicación de los principios de legalidad, debido proceso, economía procesal, celeridad, eficacia, imparcialidad, contradicción y la protección de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de 1991, lo que hoy permite concluir procesos por la sola operancia de las excepciones previas, contribuyendo a la simplificación y racionalización de los procedimientos, si se encuentra que las circunstancias hacen imposible proseguir con un proceso en el que las razones procesales así lo indican.

Con el fin de descender en la evaluación de los aspectos procesales necesarios para iniciar una defensa integral, estudiamos las principales figuras procesales que se deben evaluar al efectuar el análisis así:

Excepciones previas

De acuerdo con el artículo 100 de la Ley 1564 de 2012, las siguientes son las excepciones que pueden proceder en los procesos en general:

4. Devis Echandía, H. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Librería Temis Ltda., p. 42.

- 1) Falta de jurisdicción o de competencia.
- 2) Compromiso o cláusula compromisoria. –Ver Título I. Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC)–.
- 3) Inexistencia de demandante o demandado.
- 4) Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
- 5) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones.
- 6) Falta de prueba de calidad de heredero, cónyuge, compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
- 7) Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
- 8) Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
- 9) No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
- 10) No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
- 11) Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

Adicionalmente, pueden proceder según el caso:

- 12) Caducidad.
- 13) Prescripción extintiva.
- 14) Legitimación por activa y pasiva.
- 15) Cosa juzgada.
- 16) Transacción.
- 17) Conciliación.
- 18) Pago.
- 19) Falta de título ejecutivo.

- 20) Confusión.
- 21) Novación.
- 22) Remisión.
- 23) Falta de notificación.

El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo (Decreto-Ley 2158 de 1948) consagra taxativamente la prescripción, la cual se configura en tres años contados desde que la obligación se haya hecho exigible.

El artículo 488 del Código Sustantivo el Trabajo reglamenta la prescripción de acciones, en donde establece tres años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, sin perjuicio de lo reglamentado en el Código Procesal del Trabajo.

El trámite y oportunidad para la formulación de las excepciones previas debe observar las normas que las regulen.

Otras figuras procesales por analizar

Es así como en términos generales deben evaluarse las siguientes:

Incidentes

Regulados por el artículo 127 y siguientes de la Ley 1564 de 2012 en sus reglas generales, y por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en sus artículos 209 y 210.

Nulidades

Se regulan por la Ley 1564 de 2012, artículos 132 a 138. La Ley 1437 de 2011 en su artículo 208 remite al Código de Procedimiento Civil, el cual se entiende que hace referencia a la Ley 1562 de 2012, según la entrada en operancia del Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2014, que señalan cuáles son las situaciones que se tramitan como incidentes y la oportunidad, trámite y efectos.

Medidas cautelares

Según los artículos 476 a 481 y 588 a 602 de la Ley General del Proceso. Para el procedimiento administrativo, la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 144, 180, 209, 229 a 241 trae disposiciones que amplían los tiempos para entablarlas; así mismo, contiene medidas preventivas, conservativas o anticipativas.

Tabla comparativa de aspectos procesales según clase de procesos

Figura procesal	Procesos civiles****	Procesos administrativos	Acciones constitucionales	Procesos laborales ordinarios****
Excepciones previas	Código General del Proceso, artículo 100	Ley 1564 de 2012, artículo 100 Ley 1437 de 2011, artículo 180, numeral 6	Acción popular: Ley 1564 de 2012, artículo 100; Ley 1437 de 2011, artículo 180, numeral 6; Ley 472 de 1998, artículo 23 Acción de grupo: Ley 1564 de 2012, artículo 100; Ley 1437 de 2011, artículo 180, numeral 6; Ley 472 de 1998, artículo 57	Código General del Proceso, artículo 100 Ley 1564 de 2012, artículo 100 Ley 50 de 1990, artículo 488 Decreto-Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, artículo 151
Requisitos de procedibilidad		Ley 1437 de 2011, artículo 161	Constitución en renuencia Acción de cumplimiento: Ley 1437 de 2011, artículo 161; y Ley 393 de 1997, artículo 8 Acción popular: Ley 1437 de 2011, artículo 161	
Incidentes	Ley 1564 de 2012, artículos 127 y siguientes	Ley 1564 de 2012, artículos 127 y siguientes Ley 1437 de 2011, artículos 209 y 210	Acción de tutela: Decreto 2591 de 1991, artículo 52, incidente de desacato Acción de cumplimiento: incidente de desacato, Ley 393 de 1997, artículo 29	Ley 1564 de 2012, artículos 127 y siguientes Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, artículo 37

Figura procesal	Procesos civiles****	Procesos administrativos	Acciones constitucionales	Procesos laborales ordinarios****
Nulidades	Ley 1564 de 2012, artículos 132 a 138	Ley 1564 de 2012, artículos 132 a 138 Ley 1437 de 2011, artículos 207 a 209	Ley 1564 de 2012, artículos 132 a 138	Ley 1564 de 2012, artículos 132 a 138
Medidas cautelares	Ley 1564 de 2012, artículos 476 a 481, 588 a 602 y 442	Ley 1564 de 2012, artículos 476 a 481 y 588 a 602 Ley 1437 de 2011, artículo 180, numeral 9; artículo 209, numeral 8; y artículos 229 a 241	Acción de tutela: Decreto 2591 de 1991, artículo 7º Acción popular: Ley 472 de 1998, artículos 25 y 26 Acciones de grupo: Ley 472 de 1998, artículos 58, 59, 60, 67 y 83	Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, artículo 85A

**** Nota: en relación con los procesos civiles y laborales, se incluye tanto el Código de Procedimiento Civil como la Ley 1564 de 2012, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PSAA13-10073 del 27 de diciembre de 2013, en el que se define el cronograma de entrada en vigencia del Código General del Proceso.

En el contencioso administrativo

Aplicación de la Ley 1564 de 2012 en la jurisdicción contencioso administrativa

El artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 establece que los aspectos no regulados se regularán por el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Es importante destacar que en lo que toca al contencioso administrativo y la entrada en vigencia de dicho código, el Consejo de Estado manifestó que “[...] la jurisdicción contencioso administrativa desde la expedición de la Ley 1437 de 2011, ya cuenta con la implementación del sistema mixto –principalmente oral–, razón por la que sería inocuo que se negara la entrada en vigencia del CGP, a partir del 1º de enero de 2014, en espera de unas condiciones físicas y logísticas que ya existen [...]”⁵.

5. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C. P.: Enrique Gil Botero, 14 de mayo de 2014, Radicación: 05001-23-31-000-2011-00462-01(44544).

En este mismo sentido, el Consejo de Estado emitió providencia de unificación el 25 de junio de 2014, por lo que determinó las reglas de transición con ocasión de las fechas de entrada en vigencia de dicha norma.

Excepciones previas

Se evalúa la procedencia de las ya mencionadas, en armonía con los artículos 172 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

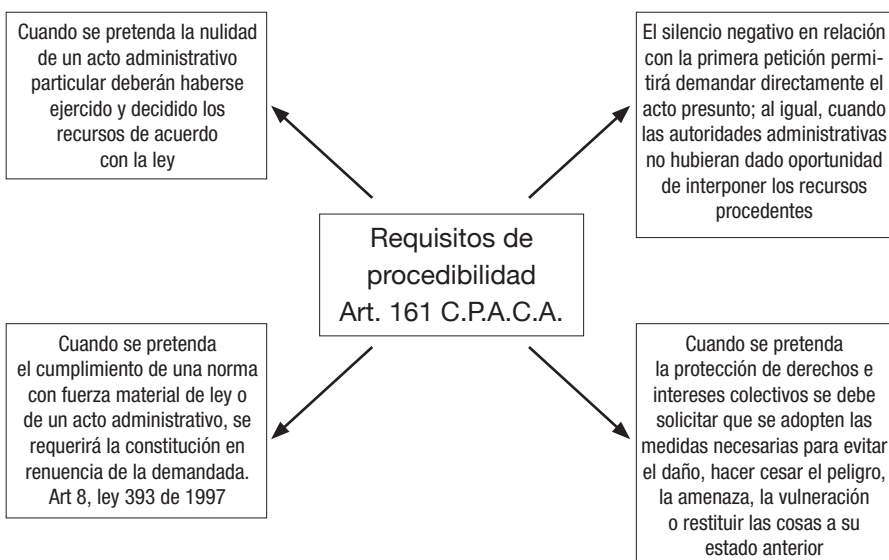
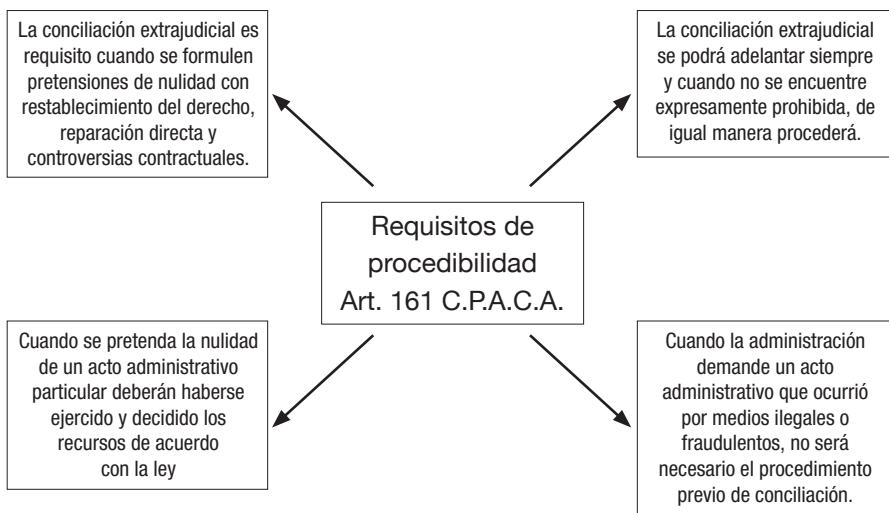
Requisitos de procedibilidad

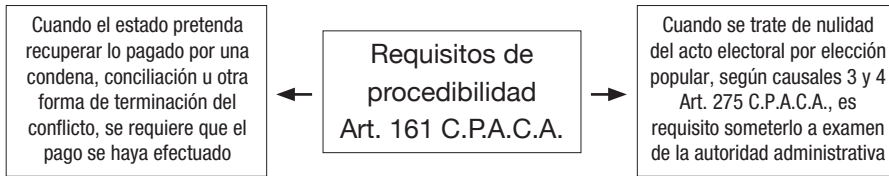
Se encuentran regulados en la Ley 1437 de 2011, artículo 161. La finalidad está dada por la necesidad de que la Administración cumpla sus competencias constitucionales y legales, y así entre a tomar decisiones frente a los planteamientos de los administrados en instancia administrativa, trayendo como efecto la descongestión judicial⁶.

Medios de control en general	Medios de control específicos		
	Acciones constitucionales	Acción de repetición	Acción electoral
Ejercicio y decisión de recursos obligatorios. Actuación administrativa frente a acto administrativo particular salvo que la Administración no haya dado oportunidad de entablarlos.	En acción de cumplimiento se requiere la constitución en renuencia de la Administración (Ley 393/97, art. 8º; y Ley 1437/2011, art. 161). En acción popular debe efectuarse reclamación previa (Ley 1437/2011, arts. 144 y 161).	Realización y prueba de pago.	Examen de autoridad administrativa electoral de documentos pertinentes si se invocan causales 3 y 4 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.
Conciliación extrajudicial (en asuntos conciliables o en los que no esté prohibido) ⁷ .			

6. Véase Consejo de Estado. *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

7. “[...] la Sala deja claro, porque así está expresamente regulado en la ley, que la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial en asuntos no conciliables, sí suspende el término de caducidad de la acción correspondiente” (sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P.: María Elizabeth García González, 4 de octubre de 2012).





Medios de control en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

La Ley 1437 de 2011 modificó el esquema de acciones judiciales por medios de control como único mecanismo por el cual se habrían de reclamar pretensiones; por ello, enlista bajo el nombre de *medios de control* todas las acciones que actualmente son de conocimiento de lo contencioso administrativo. Luego entonces, según la norma citada, ¿cuáles son los medios de control en materia administrativa? Están regulados en el título III, cuyo desarrollo está previsto en los artículos 135 al 148 del CPACA así:

Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
Nulidad por inconstitucionalidad (art. 135)	Ciudadanos	Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	Contra los actos generales dictados por el gobierno nacional cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional por infracción directa de la Constitución o contra actos de carácter general que por disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del gobierno nacional.	No caduca	C-400 de 2013 C-415 de 2012

Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
Control inmediato de legalidad (art. 136)	La autoridad administrativa que los expida debe enviarlos a la autoridad judicial competente. En caso de que la autoridad competente no los envíe, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento.	Jurisdicción de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan en caso de entidades territoriales o Consejo de Estado si fue proferido por autoridad nacional.	Medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción.	Cuarenta y ocho horas siguientes a su expedición.	
Medio de control de nulidad (art. 137)	Cualquier persona	Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias	Actos administrativos de carácter general. Excepcionalmente contra actos administrativos de contenido particular en los casos expresamente señalados.	No caduca	C-259 de 2015
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138)	Personas naturales o jurídicas, que se crean lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica.	Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias.	Procede contra los actos de carácter particular expreso o presunto y que se le restablezca el derecho, que se le repare el daño. Contra acto de carácter general, podrá pedir restablecimiento del derecho y reparación del daño.	Cuatro meses, siguientes a su publicación. De existir un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.	

Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
Medio de control de nulidad electoral (art. 139)	Cualquier persona	Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias	Contra actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales. Contra actos de nombramiento que expidan las autoridades y entidades públicas de todo orden. Contra actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.	Treinta días contra acto administrativo electoral.	
Medio de control por reparación directa (art. 140)	Quien tenga un interés legítimo, es decir, sea sujeto directo o indirecto del daño o daños antijurídicos, que pretende que se resarzan; de igual manera, se puede predicar de las entidades públicas que resulten afectadas por la acción de un particular o de otra entidad de esta naturaleza.	Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias	Responsabilidad patrimonial del Estado cuando la causa sea un hecho, omisión, operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble a causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de esta.	Dentro de dos años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento de este si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.	C-644 de 2011

Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
<p>Medio de control de controversias contractuales (art. 141)</p>	<p>Cualquiera de las partes de un contrato estatal. Ministerio público o un tercero que acredite interés directo. Juez administrativo de oficio siempre que hubieren intervenido las partes contratantes o su causahabiente.</p>	<p>Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias</p>	<p>En relación con el contrato estatal que se declare su existencia, su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. El interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato si no se logró de mutuo acuerdo y no se ha liquidado unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o del tiempo de ley. Nulidad absoluta del contrato.</p>	<p>Dos años, que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirva de fundamento. Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos años, que se empezarán a contar desde el día siguiente al del perfeccionamiento. Cinco años si se trata de ejecución de títulos derivados del contrato, decisiones judiciales de lo contencioso administrativo, laudos arbitrales.</p>	

Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
Medio de control de repetición (art. 142)	El ente público, afectado por la conducta dolosa o gravemente culposa ejercida por el funcionario público, o particular que ejerció funciones públicas, que dieron origen a una condena en su contra, y que fue pagada.	Consejo de Estado en única instancia, artículo 149, inciso 13 del CCA. A los altos funcionarios del gobierno nacional; tribunales administrativos en primera instancia, artículo 152, inciso 11 del CCA. Contra los servidores públicos y particulares que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia; los jueces administrativos en única instancia; contra los servidores y particulares que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no	Este medio de control procederá cuando el funcionario público, o particular con funciones públicas, como consecuencia de una conducta catalogada como dolosa o gravemente culposa, como consecuencia de un fallo o conciliación adverso o condenatorio a la entidad pública a la que trabajaba.	Dos años contados a partir del día siguiente de la fecha de pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo con que cuenta la Administración para el pago de las condenas. Valga mencionarse que el artículo 8° de la Ley 678 de 2001 establece la legitimación para interponer el mecanismo de control, siendo este de seis meses.	C-100 de 2001 C-394 de 2002

(Continuación de la página anterior)

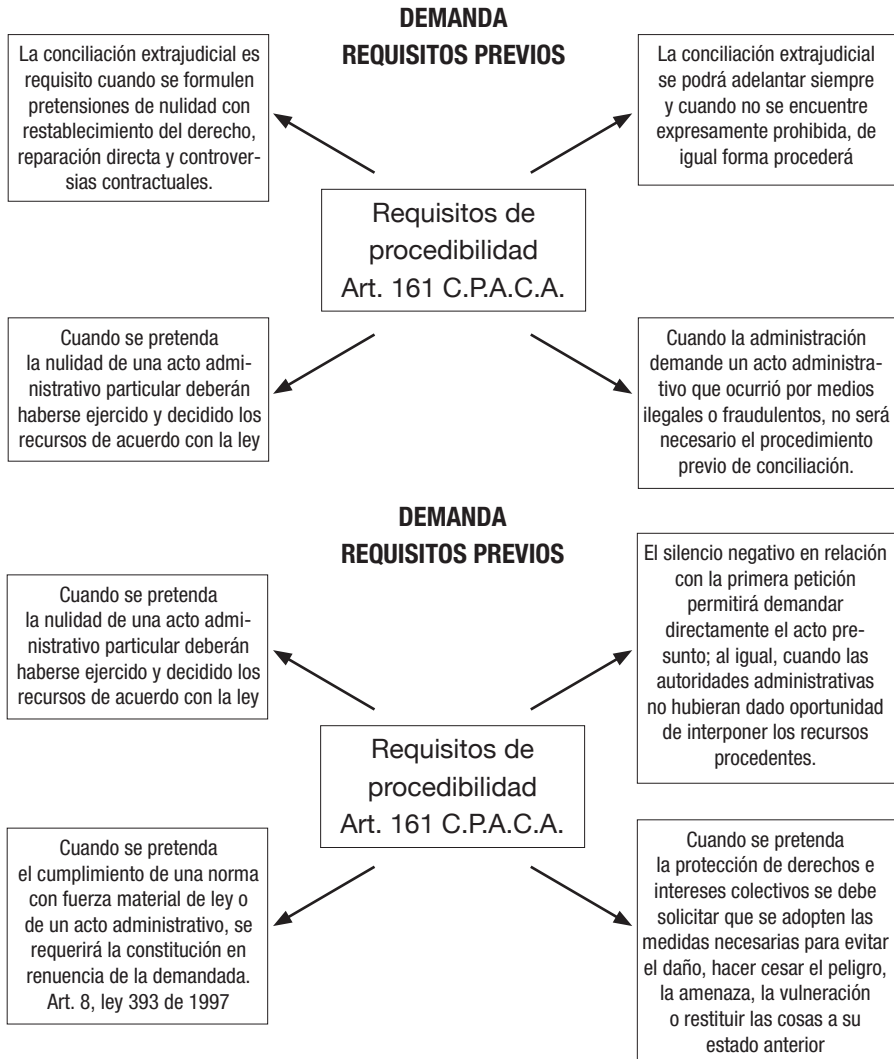
Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
		exceda de 500 salaros mínimos legales y cuya competencia no estuviera asignada al Consejo de Estado.			
Medio de control de pérdida de investidura (art. 143)	Mesa directiva de la cámara correspondiente o cualquier ciudadano. Mesa directiva de la asamblea departamental, del consejo municipal o de la junta administradora local, cualquier ciudadano.	Ante el Consejo de Estado en única instancia, los congresistas de las dos cámaras. Diputados, concejales y miembros de las JAL, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia y el Consejo de Estado en segunda instancia.	Pérdida de investidura de los congresistas. Pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles.	No caduca	
Protección de los derechos colectivos (art. 144)	Cualquier persona	Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias	Para la protección de derechos e intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular.	Durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho o interés colectivo (Ley 472/98, art. 11)	C-644 de 2011 C-215 de 1999

Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
<p>Reparación de los perjuicios causados a un grupo (art 145)</p>	<p>Cualquier persona perteneciente a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales.</p>	<p>Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias</p>	<p>Procede cuando se causen agravios individuales o a un conjunto numeroso de sujetos que se encuentran en situaciones homogéneas, agravio que se puede producir por la violación de cualquier derecho, ya sea difuso, colectivo o individual. Contra acto administrativo de carácter particular que afecte a 20 o más personas individualmente determinadas puede solicitar la nulidad, previo agotamiento del recurso administrativo. Si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende su nulidad, la demanda con tal solicitud deberá presentarse dentro de los cuatro meses contados a</p>	<p>Dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño.</p>	

(Continuación de la página anterior)

Medio de control	Legitimación por activa	Autoridad judicial competente	Procedencia	Caducidad	Sentencias de constitucionalidad
			partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.		
Acción de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (art. 146)	Cualquier persona	Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias	Para hacer efectivo el cumplimiento de cualquier norma aplicable con fuerza material de ley o actos administrativos.	No caduca. Siempre que el acto administrativo no haya perdido fuerza ejecutoria.	
Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (art. 147)	Cualquier persona	Ante la autoridad judicial competente	Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción.	Diez años desde la fecha de su expedición	
Vía de excepción (art. 148)	Lo podrá hacer de oficio el juez administrativo o a petición de cualquier persona interesada.	Jurisdicción de lo contencioso administrativo según competencias	Implicar con efectos <i>inter partes</i> los actos administrativos que vulneren la Constitución o la ley.	No tiene término de caducidad.	

Demanda. Aspectos relevantes



DEMANDA REQUISITOS PREVIOS

Cuando el estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, se requiere que el pago se haya efectuado

Requisitos de procedibilidad
Art. 161 C.P.A.C.A.

Cuando se trate de nulidad del acto electoral por elección popular, según causales 3 y 4 Art. 275 C.P.A.C.A., es requisito someterlo a examen de la autoridad administrativa correspondiente.

CONTENIDO DE LA DEMANDA ART. 162 C.P.A.C.A.

En los de nulidad por el lugar de expedición del acto

Nulidad y restablecimiento por el lugar donde se expidió el acto o domicilio del demandante

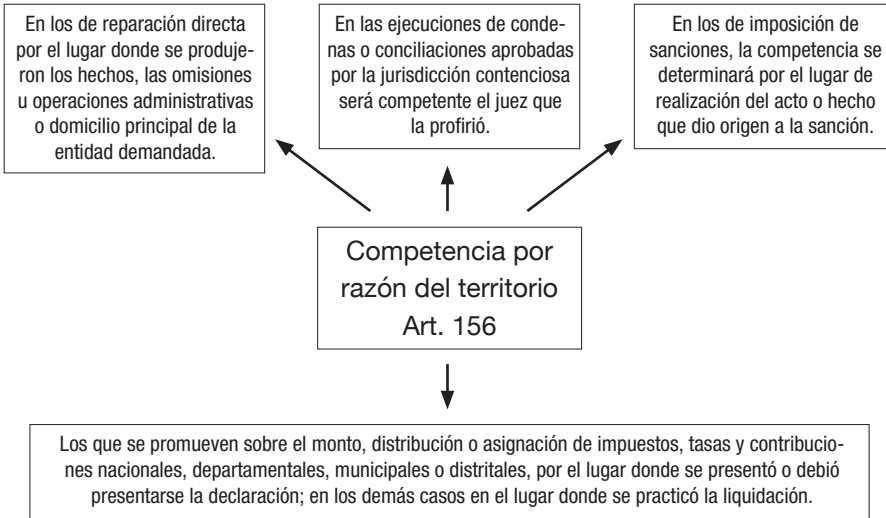
En nulidad y restablecimiento laboral por el lugar donde se prestó o debió prestarse el servicio

Requisitos de procedibilidad
Art. 161 C.P.A.C.A.

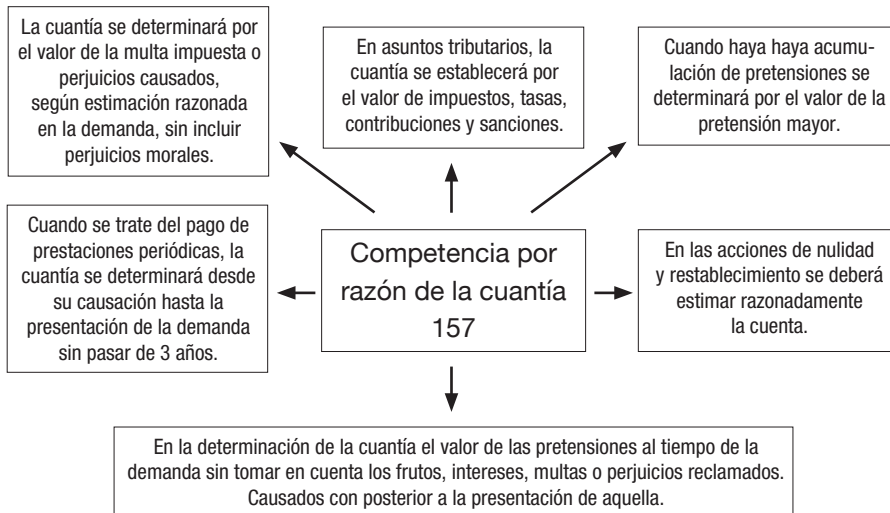
En los ejecutivos originados en contratos por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato

En los asuntos agrarios, conocerá el tribunal del lugar de ubicación del inmueble.

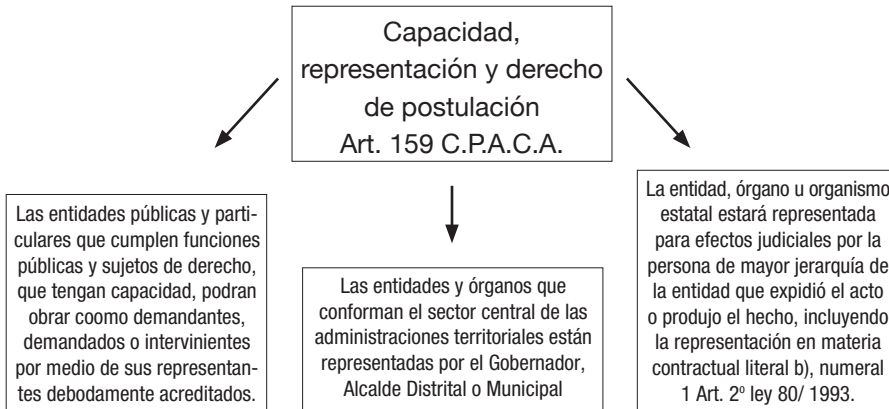
**CONTENIDO DE LA DEMANDA
ART. 162 C.P.A.C.A.**



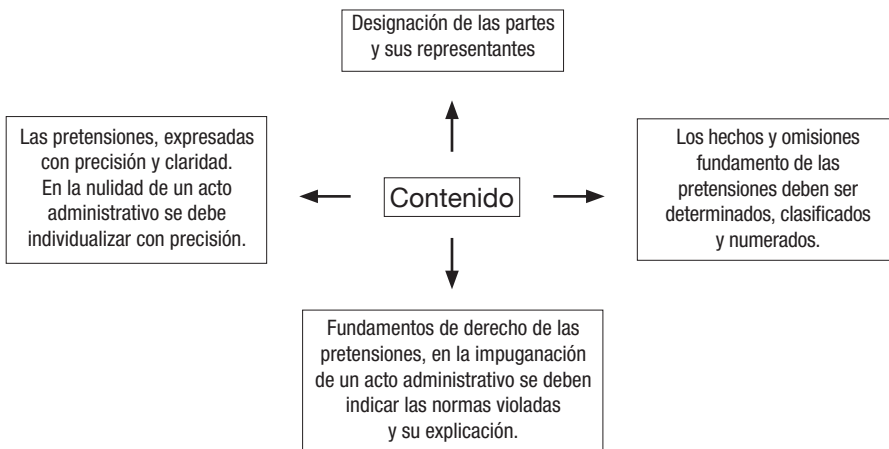
**CONTENIDO DE LA DEMANDA
ART. 162 C.P.A.C.A.**



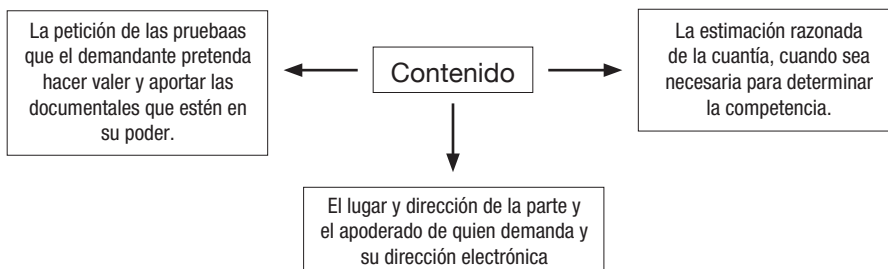
CONTENIDO DE LA DEMANDA ART. 162 C.P.A.C.A.



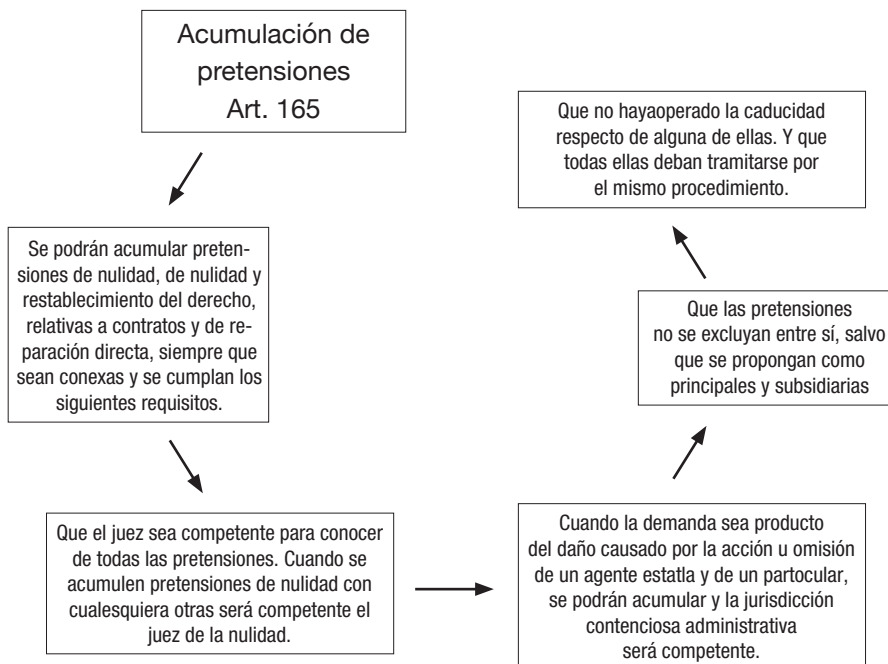
REQUISITOS DE LA DEMANDA ART. 162 C.P.A.C.A.



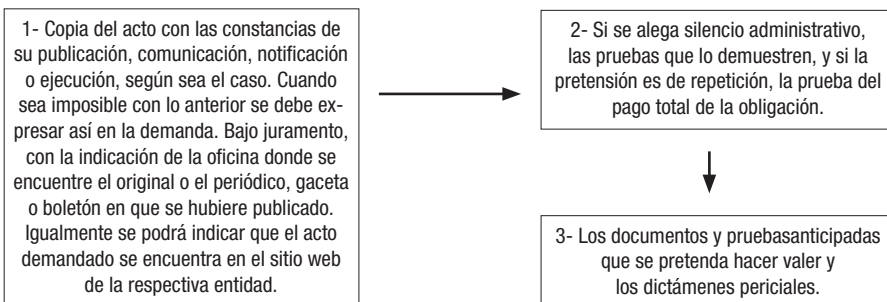
REQUISITOS DE LA DEMANDA ART. 162 C.P.A.C.A.



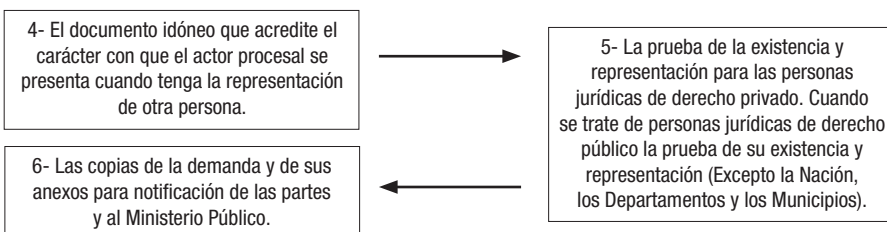
REQUISITOS DE LA DEMANDA ART. 162 C.P.A.C.A.



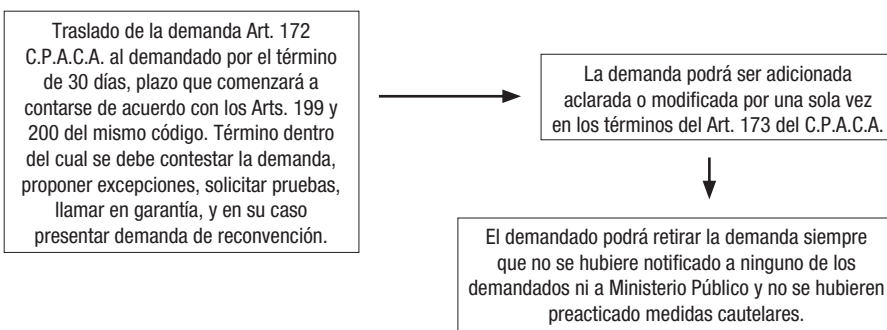
ANEXOS DE LA DEMANDA Art. 159 C.P.A.C.A.



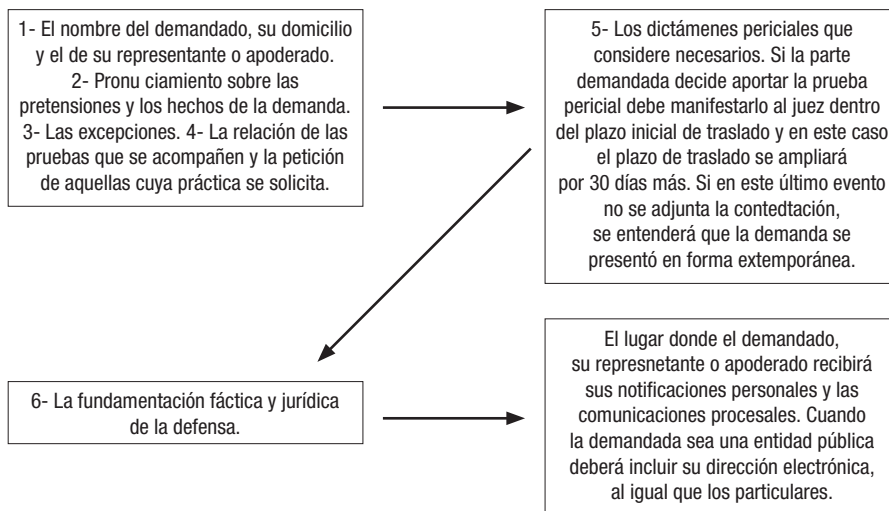
ANEXOS DE LA DEMANDA Art. 166 C.P.A.C.A.



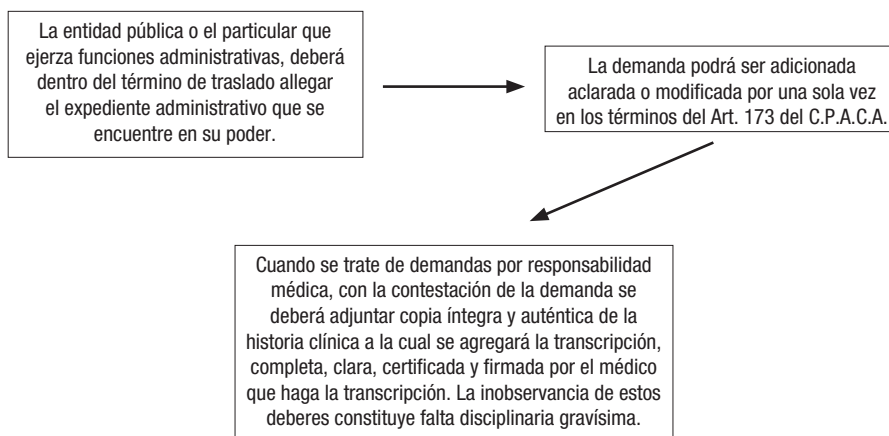
TRÁMITE DE LA DEMANDA



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
ART. 175 C.P.A.C.A.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
ART. 175 C.P.A.C.A.



Procesos preventivos y correctivos - sancionatorios por el Departamento Nacional de Planeación (DNP)

Recursos del Sistema General de Regalías

Este capítulo está dirigido a todas las entidades centralizadas y descentralizadas que se benefician con los recursos provenientes del Sistema General de Regalías para el desarrollo de proyectos y que, por ende, están sujetas a la normativa que existe para su regulación, ejecución, vigilancia y control.

Pese a que estos procesos son de tipo administrativo, no son menos importantes que aquellos que se desarrollan en sede judicial, pues el incumplimiento de las entidades ejecutoras en el cumplimiento de los proyectos aprobados por el OCAD trae como consecuencia sanciones tanto al representante legal de la entidad como a ella misma.

Es vital conocer el origen de los procesos de este tipo, así como los momentos de interposición de pruebas y alegatos, ya que, de acuerdo con la norma, no se desarrolla en audiencias, su tipología no es oral y las oportunidades procesales de defensa son perentorias.

Principio de legalidad de los procesos preventivos y correctivos - sancionatorios

Todo proceso por medio del cual se lleve a cabo una investigación de hechos y como consecuencia de ello se dicte un fallo debe estar amparado por el artículo 29 de la Constitución Nacional, que a la letra reza:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Según el precepto constitucional, toda persona tiene derecho a un debido proceso, lo que lleva a que tenga una oportuna defensa dentro del proceso, a interponer recursos de ley, a ser escuchado, a aportar pruebas y a debatirlas, y demás aspectos que conlleven un fallo en equitativo y en derecho.

En lo que se refiere al origen de los recursos de regalías, se debe señalar el artículo 360 de la Constitución Nacional, que ordena:

“La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías”.

De igual manera, el artículo 361 de la Constitución Nacional menciona:

“Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2 del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

De los ingresos del Sistema General de Regalías, se destinará un porcentaje del 2% para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso anterior. Las funciones aquí establecidas serán realizadas por el Ministerio de Minas y Energía o por la entidad a quien este delegue. [...]”.

Reglamentación

Conforme con los preceptos constitucionales, se expidieron diferentes leyes que reglamentaron lo allí consignado.

Ahora bien, para mayor complemento se enunciarán otras normas que, si bien no tiene relación directa con el Sistema General de Regalías, sí competen en lo que se refiere al proceso administrativo.

La *Ley 1437 de 2011*, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; desde el título I al título IV aplica para los procesos administrativos adelantados por el DNP.

La *Ley 1530 de 2012*, por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías.

Esta ley establece el procedimiento de los procesos preventivos y correctivos - sancionatorios, así como los criterios de gradualidad y normas aplicables, suspensión y levantamiento de giros; de igual manera, la imposición de las multas, las cuales no pueden superar los 100 smmlv, entre otros aspectos.

La *Ley 1564 de 2012*, por la que se expide el Código General del Proceso; se aplicará lo concerniente al régimen probatorio siempre y cuando no esté regulado en la norma especial y en el CPACA.

La *Ley 1712 de 2014*, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, especialmente en lo relacionado desde el título I al título IV.

La *Ley 1755 de 2015*, por la que se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, específicamente en el título II en lo que se refiere al derecho de petición.

La *Ley 1923 de 2018*, por la cual se regula lo previsto en el párrafo 5 del artículo 361 de la Constitución Política, relativo a los programas y proyectos de inversión que se financiarán con recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías.

El *Decreto 2189 de 2017*, por el que se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación.

El *Decreto 413 de 2018*, por el cual se definen las reglas de priorización de las entidades territoriales beneficiadas de la Asignación para la Paz del

Sistema General de Regalías (SGR) y se dictan disposiciones relacionadas con la aprobación de proyectos de inversión en el OCAD Paz.

El *Decreto 416 de 2018*, por el que se reglamenta el párrafo 10 transitorio del artículo 361 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 4 de 2017.

El *Decreto 1082 de 2015*, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional; este decreto en el título 4 desarrolló lo pertinente al Sistema General de Regalías en lo pertinente a la viabilización, presentación, ajustes y etapa de ejecución de los proyectos aprobados por el OCAD.

Además de lo anterior, se deben tener en cuenta los diferentes acuerdos expedidos por el Departamento Nacional de Planeación.

Instancias que intervienen en el proceso administrativo

Se deben tener en consideración las principales áreas del DNP respecto al proceso administrativo, siendo:

La Dirección de Vigilancia de las Regalías, la cual se compone de:

- La Subdirección de Proyectos
- La Subdirección de Monitoreo, Seguimiento y Evaluación, y
- La Subdirección de Control

La Subdirección de Monitoreo, Seguimiento y Evaluación vigila y controla, entre otras funciones, la ejecución de los proyectos; al evidenciarse el incumplimiento de alguno de ellos, se reporta a la Subdirección de Control para que a través de sus abogados se inicie el proceso persuasivo o el proceso correctivo-sancionatorio, según sea el caso.

De igual manera, se podrá iniciar procedimiento preventivo cuando medie solicitud motivada de un órgano de control, de la Fiscalía General de la Nación o de otra autoridad competente.

Proceso administrativo persuasivo

Causales para iniciar un proceso persuasivo de acuerdo con el artículo 109 de la Ley 1530 de 2012:

“[...]”

- a) No enviar, ni registrar información o hacerlo de manera incompleta, errónea o inconsistente, en los términos y plazos establecidos por el Departamento Nacional de Planeación.
- b) No ejecutar las acciones de mejora derivadas del ejercicio de la función de monitoreo, seguimiento y evaluación.
- c) Ejecutar acciones que representen inminente peligro de uso inadecuado, ineficaz, ineficiente o con el incumplimiento de requisitos legales en el uso de los recursos de regalías”.

De conformidad con lo anterior, se procede de la siguiente forma:

- a) El DNP solicita a la entidad ejecutora de los recursos del SGR explicación respecto a alguna de las causales mencionadas anteriormente.
- b) Una vez recibida la solicitud del DNP, la entidad ejecutora cuenta con cinco días para rendir el informe con las explicaciones del caso.
- c) Recibida la información, esta se analizará por el DNP y, si hubiere lugar a una medida preventiva, se impondrá mediante acto administrativo, dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término del literal. Los recursos contra este acto proceden en efecto devolutivo.

La medida preventiva consiste en la suspensión preventiva de giros de los recursos para la entidad beneficiada o ejecutora.

Si bien este es un proceso corto en sus etapas procesales, no significa que sea de menor envergadura en sus consecuencias, pues la suspensión de los recursos obstaculiza el normal desarrollo de los proyectos, los cuales son ejecutados a través de contratos que tienen la obligatoriedad del cumplimiento, ya que un atraso o incumplimiento en los desembolsos puede generar acciones jurídicas en contra de la entidad ejecutora.

Es por ello que la defensa en sus respuestas debe ser responsable, consecuente y eficiente, anexando los soportes respectivos, todo ello

dentro de los términos impuestos; en conclusión, ejercer una defensa técnica del ente ejecutor.

Proceso administrativo correctivo-sancionatorio

Causales para iniciar un proceso correctivo-sancionatorio de acuerdo con el artículo 113 de la Ley 1530 de 2012.

“[...]

- a) Incumplir con la destinación legal de los recursos del Sistema General de Regalías.
- b) Ejecutar con recursos del Sistema General de Regalías proyectos que no hayan sido aprobados por los órganos colegiados de administración y decisión.
- c) Ejecutar recursos del Sistema General de Regalías en gastos de funcionamiento o en gastos o inversiones sin competencia legal, o que configuren auxilios o donaciones de conformidad con el artículo 355 de la Constitución Política.
- d) Incumplir por causas no justificadas las metas del proyecto aprobado por el órgano colegiado de administración y decisión.
- e) Realizar con recursos del Sistema General de Regalías inversiones financieras no permitidas o abstenerse de realizar las ordenadas legalmente.
- f) Renuencia de las entidades beneficiadas o ejecutoras de adoptar las acciones de mejora formuladas dentro del componente de monitoreo, seguimiento y evaluación a pesar de haber sido objeto de suspensión de giros con medida preventiva”.

De conformidad con lo anterior, el procedimiento será el contemplado en el CPACA:

- a) *Averiguaciones preliminares.* El proceso correctivo sancionatorio podrá iniciarse por solicitud de oficio o de cualquier persona, lo anterior en concordancia con el artículo 11 de la Ley 1530 de 2012.
- b) *Méritos para adelantar el proceso.* Resultado de las averiguaciones preliminares; si la autoridad establece méritos para iniciar el proceso, le comunicará a la entidad ejecutora de dicha decisión.

La indagación preliminar tendrá una duración de hasta seis meses y culminará con el archivo de las diligencias o la formulación de cargos, ello según lo consignado en el artículo 115 de la Ley 1530 de 2012.

- c) *Formulación de cargos.* Concluidas las averiguaciones, se formularán cargos mediante acto administrativo, señalándose los hechos, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las normas presuntamente vulneradas y las sanciones que procedan según el caso. Contra este acto administrativo no procede recurso alguno.
- d) *Presentación de descargos y solicitud de pruebas.* Una vez notificado el acto administrativo, lo cual se hará de manera personal, la entidad ejecutora tiene 15 días para presentar descargos y solicitar pruebas.
- e) *Período probatorio.* Este tiene un término de 30 días para su práctica. Cuando sean tres o más investigados o se deban practicar en el exterior, el término probatorio podrá ser hasta de 60 días.
- f) *Alegatos de conclusión.* Vencido el período probatorio, se dará traslado al investigado por 10 días para que presenten los alegatos respectivos.
- g) *Decisión.* El ente investigador proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los 30 días siguientes a la presentación de los alegatos.

Finalmente, como medidas sancionatorias se encuentran las siguientes:

- 1) La desaprobación de proyecto con su consecuente devolución de recursos.
- 2) La imposición de multas, las cuales se podrán imponer hasta por una cuantía de 100 smmlv.
- 3) La designación de gestor temporal de asignaciones directas y de los recursos de los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Compensación Regional y Desarrollo Regional.

Por último, es importante mencionar que los documentos que se encuentren en los procesos persuasivos como correctivos-sancionatorios tienen reserva, de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley; por ello, las personas que tengan acceso a dichos procesos deben

guardar la debida reserva aplicable sobre los documentos que reposen en dichos expedientes.

Recursos ordinarios y extraordinarios

Concepto recursos

Los recursos son actos procesales de las partes y se pueden definir como los medios que establece la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial, ya sea por el mismo funcionario que profirió la decisión o por otro de superior jerarquía. También llamados medios de impugnación, “son instrumentos procesales necesarios para permitir a aquella de las partes que tenga interés en un nuevo pronunciamiento sobre la misma controversia ya decidida por sentencia del juez”⁸.

En principio, todas las personas que figuren en el proceso como partes tienen el derecho de recurrir contra las providencias del juez. Pero como el recurso es un medio para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican al recurrente de una determinada providencia, solo pueden recurrir quienes reciben con ella un perjuicio.

Los recursos son de dos clases: ordinarios y extraordinarios. Se dice que el recurso es ordinario porque no se exige para su admisión causas específicas y porque a través de él se busca enmendar cualquier tipo de error que aparezca en las providencias judiciales. En la jurisdicción contenciosa administrativa son: el de reposición, apelación, súplica y queja.

Los recursos son extraordinarios porque para su admisión se exigen causas fijadas taxativamente en la ley y, en ese orden, el órgano que conoce del recurso tiene limitadas sus facultades. Además, es extraordinario por cuanto surgen después de haber agotado la posibilidad de corregir los

⁸ Micheli, G. A. (1971). *Curso de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, vol. II, p. 269.

errores con los recursos ordinarios. Son recursos extraordinarios el extraordinario de revisión y el de unificación de jurisprudencia.

Los recursos ordinarios y extraordinarios están normados en el título V, capítulo XII; título VI, capítulos I y II, de la Ley 1437 de 2011.

Recursos en el Código Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011

Tenemos los siguientes recursos en materia del Código Contencioso Administrativo:

Recursos ordinarios

A. *Recurso de reposición*. Regulado en el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011.

B. *Recurso de apelación*. Regulado por los artículos 243, 244, 247.

C. *Recurso de queja*. Reglamentado en el artículo 245.

D. *Recurso de súplica*. Reglamentado por el artículo 246. Se destacan dos aspectos relevantes en la normatividad descrita:

- Si bien la Ley 1437 de 2011 se remite al Código de Procedimiento Civil, es claro que se debe entender vigente la Ley 1564 de 2012⁹, ya que, por sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado, el Código de Procedimiento General rige desde el 1º de enero de 2014.
- Se resalta el parágrafo del artículo 243, el cual establece la especialidad y preferencia de lo contencioso administrativo sobre el Código General del Proceso: “La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil”.

Recursos extraordinarios

Las sentencias que se profieran producto de esta clase de recursos se consideran sentencias de unificación, de acuerdo con el artículo 270 de la normatividad citada.

⁹. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C. P.: Enrique Gil Botero, 14 de mayo de 2014, Radicación: 05001-23-31-000-2011-00462-01(44544).

a) Revisión

La finalidad de este mecanismo es la unificación de jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo; y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Se encuentra reglado en los artículos 248 a 255 de la Ley 1437 de 2011.

Puntos relevantes:

1. Procede contra sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos.
2. En el Consejo de Estado conoce de este recurso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión; y en los tribunales conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.
3. Las sentencias de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los tribunales administrativos.
4. El recurso extraordinario de revisión no constituye una instancia adicional¹⁰.
5. El artículo 20 de la Ley 797 de 2003 es tenido en cuenta para efectos de formular las causales de revisión, así como el término para interponer el recurso.

10. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C. P.: Guillermo Vargas Ayala, 12 de mayo de 2015, Radicación: 11001-03-15-000-201202124-00.

b) Mecanismo eventual de revisión

Regulado por la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 272 a 274.

La finalidad de este mecanismo es la unificación de jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Tutela por vía de hecho contra sentencia judicial

Si bien la tutela por vía de hecho contra sentencia judicial no está contemplada como tercera instancia ni recurso contra sentencias, en la actualidad se ha desarrollado como un mecanismo de defensa de derechos fundamentales por vulneración al debido proceso. Los elementos de viabilidad han sido desarrollados por la jurisprudencia, estableciendo los siguientes:

- Requisitos de forma

Inmediatez. No es término de caducidad, se exige debido a que, al tratarse de la protección de los derechos fundamentales, “[...] debe existir un término razonable entre la ocurrencia de la vulneración o puesta en riesgo de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la demanda, en la medida que la naturaleza misma de este medio de defensa judicial no sólo tiene que ver con la urgencia en la protección de las garantías constitucionales de una persona, sino también con el respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de los terceros afectados”.

Sin embargo, también ha manifestado que se deben evaluar en cada caso concreto los siguientes aspectos:

1. “Si existe un motivo válido para la inactividad del accionante.
2. Si la inactividad injustificada podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros de llegarse a adoptar una decisión en sede de tutela.

3. Si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados¹¹.
4. Si por ejemplo el actor ha obrado con diligencia en la defensa de sus derechos, o ha estado sometido a fuerza mayor, o si era desproporcionado en su caso adjudicarle la carga de acudir a un juez con prontitud, debido a su estado de interdicción, incapacidad física, entre otros¹².

Sentencias de la Corte Constitucional: C-543 de 1992, SU-377 de 2014, SU-961 de 1991, SU-378 de 2014, SU-339 de 2011.

Subsidiariedad. Se trata de determinar si no existe otro mecanismo de defensa contra el resultado de la providencia dictada o, si existe alguna, si esta le presta una acción eficaz al interesado. La Corte Constitucional se ha ocupado de desarrollar el requisito en sentencias como SU-377 de 2014, SU-772 de 2014.

No haberse proferido la sentencia dentro de una acción de tutela

Debe proferirse dentro de un proceso que no corresponda al trámite de tutela, pues tutela contra tutela no está previsto en la legislación ni es aceptada por la jurisprudencia.

- Requisitos de fondo

Los requisitos o causales específicas de la Corte Constitucional han sido depuradas a través de sentencias como T-1031 de 2001, 543 de 1992, SU-1184 de 2001, C-590 de 2005. Para que la tutela por vía de hecho proceda son:

- A. Defecto orgánico. Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para

¹¹. Corte Constitucional, Sentencia T-123 del 22 de febrero de 2007, M. P.: Álvaro Tafur Vargas.

¹². Corte Constitucional, Sentencia SU-377 del 12 de junio de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa.

ello. Sobre el tema la Corte Constitucional ha efectuado su análisis en las siguientes sentencias: C-739 de 2001, SU-174 de 2007, SU-913 de 2009, SU-399 de 2012, SU-198 de 2013, SU 770 de 2014, entre otras.

B. Defecto procedimental absoluto. Se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico. Debe probarse la arbitrariedad del juez dentro del respectivo proceso, lo que da lugar a la violación del debido proceso. Al respecto pueden revisarse las sentencias SU-787 de 2012, SU-424 de 2012, SU-770 de 2014, SU-773 de 2014, entre otras.

C. Defecto fáctico. Si resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se configura esta causal por la inadecuada valoración de los medios de prueba.

La Sentencia SU-400 de 2012 estableció: “La doctrina constitucional ha agrupado el defecto fáctico en dos clases. La dimensión omisiva que comprende la no valoración de pruebas que son determinantes para establecer la veracidad de los hechos analizados por la autoridad judicial e involucra la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba por el juez cuando ignora la prueba u omite su valoración, o cuando sin razón se da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma surge clara y objetivamente; y (ii) la dimensión positiva, que comprende la ‘valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución”.

Sentencias de la Corte Constitucional: SU-901 de 2005, SU-817 de 2010, SU-400 de 2012, SU-424 de 2012, SU-774 de 2012, SU-915 de 2012, SU-399 de 2012, SU-198 de 2013, SU-842 de 2013, SU-915 de 2013, SU-515 de 2013, SU-842 de 2013, SU-915 de 2013, SU-074 de 2014, SU-768 de 2014, SU-770 de 2014, entre otras.

D. Defecto material o sustantivo. Se da en casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión, o si la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable.

Afirma la Sentencia SU-400 de 2012: “Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador; (ii) cuando a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable o ‘la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes’ o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) cuando no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos *erga omnes*, (iv) cuando la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza ‘para un fin no previsto en la disposición’; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso o (vii) cuando se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto. Existe defecto sustantivo igualmente cuando (viii) la decisión no está justificada en forma suficiente de tal manera que se afectan derechos fundamentales; (ix) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial, y (x) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una manifiesta violación de la Constitución”.

Algunas de las sentencias que han tratado el tema son: SU-540 de 2007, SU-813 de 2007, SU-913 de 2009, SU-399 de 2012, SU-447 de 2011, SU-132 de 2013, SU-158 de 2013, SU-407 de 2013, SU-515 de 2013.

- E. Error inducido. Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- F. Falta de motivación en la decisión. La Sentencia C-590 de 2005 establece que la decisión sin motivación implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- G. Desconocimiento del precedente. Hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. En este sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia SU-074 de 2014.

Frente a esta causal de procedencia, el Consejo de Estado ha proferido los siguientes fallos a favor del departamento de Cundinamarca: Sección Cuarta, M. P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, 28 de mayo de 2015, Tutela 2014-2537; Sección Segunda, Subsección B, 6 de noviembre de 2014, M. P.: Gerardo Arenas Monsalve, Tutela 2014-2536; Sección Primera, M. P.: Guillermo Vargas Ayala; 3 de julio de 2014, Tutela 2014-698, entre otras; y sentencia de desacato: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 5 de marzo de 2015, 2014-2656.

- H. Violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional en Sentencia SU-539 de 2012 expuso: “Es importante referir que todas las

causas específicas que originan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales entrañan en sí mismas un quebrantamiento de la Carta Fundamental. No obstante, se estableció específicamente una causal denominada: violación directa de la Constitución que puede originarse por una interpretación legal inconstitucional o bien, porque la autoridad competente deja de aplicar la denominada excepción de inconstitucionalidad”¹³.

Recursos ordinarios y extraordinarios en laboral ordinario

Los recursos contemplados por la normatividad vigentes se enumeran así: (ver anexo 5).

Ordinarios

A. *Reposición*: reglamentado por el artículo 62 del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 712 de 2001.

Hay que resaltar que, si se interpone en audiencia y se notifica el auto por estrado, se debe interponer allí mismo, debidamente sustentado, y el juez lo debe decidir dentro de dicha diligencia, aunque el juez puede decretar un receso de media hora para decidir.

B. *Apelación*: reglamentado por los artículos 65 y 66 del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 712 de 2001.

C. *Queja*: reglamentado por los artículos 377 a 378 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley 1564 de 2012 lo establece en sus artículos 352 y 153 (una vez entren a regir).

D. *Súplica*: (artículos 331 y 332 de la Ley 1564 de 2012). Conforme con el artículo 331 del Código General del Procedimiento, procede este recurso contra los autos interlocutorios dictados por el magistrado ponente en la segunda instancia. El Código de Procedimiento Civil lo regula en sus artículos 363 y 364.

¹³. Sentencia T-551 de 2010.

De acuerdo con el párrafo del artículo 10 de la Ley 712 de 2001, en jurisdicción laboral, quien debe dictar tales providencias, así como las sentencias, es la respectiva sala de decisión y no el magistrado sustanciador.

Esta razón ha vuelto inoperante el referido recurso que el artículo 62 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social se limita a mencionar pero sin reglamentarlo, subsistiendo eso sí para los casos en que el magistrado ponente dicte por sí solo auto interlocutorio, generalmente por equivocación. Se interpone ante el magistrado sustanciador que dictó la providencia y se debe sustentar.

Cuando se notifica por estrado, se debe interponer verbalmente en la audiencia, pero si se notifica por estado dentro de los tres días siguientes.

Grado de jurisdicción de consulta

Regulado por el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 1149 de 2007. No es recurso como tal, sino es un grado jurisdiccional, que opera cuando las sentencias de primera instancia fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, y no fueren apeladas o cuando la apelación es declarada desierta, por ejemplo, por no haberse sustentado.

Son consultables las sentencias cuando fueren adversas a la nación, al departamento o al municipio, o a aquellas entidades descentralizadas en las que la nación sea garante.

Recursos extraordinarios

A. De anulación o homologación. Regulado por los artículos 141 a 143 del Código Procesal del Trabajo. Procede contra los laudos arbitrales dictados por un tribunal de arbitramento voluntario al resolver un conflicto jurídico y contra los dictados por un tribunal de arbitramento al resolver conflictos de contenido patrimonial o económico. El objeto del recurso

es la anulación del laudo por estar, entre otras razones, en contra del ordenamiento jurídico. El competente para decidir es la Corte Suprema si es de contenido económico y el tribunal superior si es conflicto jurídico.

B. Casación. Regulado por los artículos 86 a 99 del Código Procesal del Trabajo.

Es de anotar que no es una tercera instancia y el competente es la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. El fin primordial de la casación es la de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además, procurar reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida. Cuando se trate de pensiones, no se requiere cuantía, por tratarse de prestaciones periódicas.

En relación con el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo frente a las sentencias susceptibles del recurso, fue modificado por la Ley 1395 de 2010 en su artículo 48. La Sentencia C-372 de 2011 declaró inexecutable dicho artículo 48.

Las sentencias C-590 de 2005, SU-1553 de 2000, SU-424 de 2012, se han ocupado de tratar las características de la casación y la posibilidad de la procedencia de la tutela por vía de hecho contra este tipo de sentencias; la C-739 de 2001, sobre otros aspectos de la casación.

C. Revisión. Procede contra sentencias ejecutoriadas que profieran las salas laborales de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores y los jueces laborales o civiles del circuito, así como las conciliaciones laborales aprobadas por cualquier autoridad competente. Las sentencias deben haberse proferido en procesos ordinarios.

La Ley 797 de 2003 trajo unas nuevas causales de revisión tanto de sentencias judiciales como de conciliación cuando en ellas se reconozcan

sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, como las pensiones de vejez, jubilación, sobreviviente. Los legitimados para interponerla son el Ministerio del Trabajo, Hacienda y Crédito Público, el Contralor General, el Procurador General ante el Consejo de Estado o Corte Suprema de Justicia.

Tabla de recursos ordinarios y extraordinarios en jurisdicción contencioso administrativa

Recursos ordinarios					Extraordinarios		
	Reposición	Apelación	Queja	Súplica	Revisión	Unificación de jurisprudencia	Mecanismo eventual de revisión
Providencias impugnables	Contra autos que no sean susceptibles de apelación o súplica.	Sentencias de primera instancia y autos artículo 243.	Procede cuando se niega la apelación o cuando se conceda en efecto diferente.	Procede por autos que por naturaleza fueran apelables y que dicte el magistrado ponente en el curso de la segunda instancia.	Sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones del Consejo de Estado, por los tribunales administrativos y por los jueces administrativos.	Sentencias dictadas en única o segunda instancia por los tribunales, se debe tener en cuenta la cuantía.	NO ES RECURSO. Sentencias o providencias que determinan la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación del daño causado a un grupo.

Recursos ordinarios					Extraordinarios		
Término para interponerlo	Se interpone en la misma audiencia que se dicta o a los tres días siguientes.	Si se profirió en audiencia, se debe interponer allí mismo; y si se notifica por estado, el término para interponerlo es de tres días.	Dos días si es notificado por estado, u oralmente en la misma audiencia si se notifica por estrado.	Tres días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.	Un año contado a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.	Cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.	Ocho días siguientes a la ejecutoria o providencia que ponga fin al proceso.
Objeto	Revocar, modificar, aclarar o adicionar.	Revocar, modificar, aclarar o adicionar.	Que se conceda la apelación o se modifique el efecto de la concesión del recurso.	Revocar, modificar, aclarar o adicionar.	Dejar sin efecto la sentencia.	Anular la sentencia total y dictar la de reemplazo.	Unificación de jurisprudencia en tratándose de procesos promovidos para la protección de los derechos colectivos y la reparación de daños causados a un grupo.
Formalidades	Debe sustentarse.	Debe sustentarse.	Se debe sustentar.	Debe ser sustentada.	Debe ser sustentada.	Debe ser sustentada.	Debe ser sustentada.
Se interpone ante	Quien dictó el auto recurrido.	El juez que lo profirió.	El juez que negó la apelación.	La sala de que forma parte el ponente.	La Sala Plena del Consejo de Estado o secciones y subsecciones del	El tribunal que expidió la sentencia.	El tribunal que dictó la sentencia.

(Continuación de la página anterior)

Recursos ordinarios					Extraordinarios		
					Consejo de Estado cuando la sentencia la dicte el tribunal, y los tribunales administrativos cuando la sentencia es dictada por los jueces administrativos.		
Funcionario que tramite y decide	Quien dictó el auto.	Lo decide el superior jerárquico del juez que lo dictó.	El inmediato superior del juez que dictó el auto.	La sala o sección o subsección.	La Sala Plena del Consejo de Estado sin excluir la sección que profirió la sentencia o sección o subsección del Consejo de Estado según la materia cuando sea dictada por tribunal, y tribunal administrativo cuando sea dictada por los jueces.	El Consejo de Estado y, en atención a su especialidad, la respectiva sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación.	La sección que por reglamento determine el Consejo de Estado.

Recursos ordinarios				Extraordinarios			
Efectos que conceden	No aplica	Suspensivo, devolutivo, diferido.	Devolutivo.				

Tabla de recursos ordinarios y extraordinarios en jurisdicción laboral ordinaria

	Recursos ordinarios				Recursos extraordinarios			
	Reposición	Apelación	Súplica	Queja	Casación	Revisión	Anulación	Consulta
Providencias impugnables	Autos interlocutorios.	Sentencias autos interlocutorios determinados en el CPT y SS.	Providencias 331 CGP.	Autos interlocutorios que niegan la apelación o casación.	Sentencias dictadas en procesos ordinarios por los tribunales.	Sentencias dictadas por la Corte, tribunales, juzgados, actas de conciliación.	Laudos arbitrales.	No es recurso. Proceden las sentencias del artículo 69 del CPT y SS.
Término para proponerlo	Si el auto se notifica por estado, dos días. Si se notifica en estrados, se interpone en la misma audiencia.	Si el auto se notifica por estado, dentro de los 5 días siguientes. Si se profiere en audiencia, se interpone allí mismo.	Tres días siguientes a la notificación del auto.	Dos días.	Quince días.	Seis meses a partir de la fecha de la sentencia penal sin exceder de cinco años contados a partir de la sentencia laboral.	Tres días.	Es oficioso.
Objeto	Revocar, modificar, aclarar, adicionar.	Revocar, modificar, aclarar, adicionar.	Revocar, modificar, aclarar, adicionar.	Que se conceda la apelación o la casación negada.	Casar la sentencia impugnada.	Dejar sin efecto: sentencia acta de conciliación.	Anular total o parcialmente el laudo atacado.	Tutelar los derechos irrenunciables del trabajador.

(Continuación de la página anterior)

	Recursos ordinarios				Recursos extraordinarios			
	Reposición	Apelación	Súplica	Queja	Casación	Revisión	Anulación	Consulta
								Tutelar el interés general y la legalidad cuando la demandada sea persona de derecho público.
Formalidades	La ley no exige, pero la lógica impone que se debe sustentar.	La sustentación es obligatoria.	Requiere sustentación.	Requiere sustentación.	Se sustenta mediante demanda.	Se sustenta mediante demanda.	Se debe sustentar.	Ninguna.
Se interpone ante	El mismo funcionario que dictó el auto.	El mismo funcionario que dictó la providencia.	El magistrado sustanciador.	El juez que negó la apelación o casación.	El tribunal o juez si es persantum.	La Corte Suprema o tribunal superior.	El tribunal de arbitramento que dictó el laudo.	Se concede oficiosamente.
Funcionario que la tramita y decide	El que dictó la providencia.	El superior del tribunal superior.	Los dos magistrados que con el ponente hacen sala.	La Corte Suprema o tribunal superior.	La Corte Suprema, Sala Laboral.	La Corte Suprema si es contra sentencia dictada por ella o por el tribunal. El Tribunal Superior si es	La Corte Suprema si es conflicto económico. El Tribunal Superior si es conflicto jurídico.	Tribunal Superior, Sala Laboral.



(Continuación de la página anterior)

	Recursos ordinarios				Recursos extraordinarios			
	Reposición	Apelación	Súplica	Queja	Casación	Revisión	Anulación	Consulta
						contra sentencia de un juez o contra un acta de concilia- ción.		

Capítulo III

Procedimiento administrativo coactivo

El procedimiento administrativo coactivo es un procedimiento especial contenido en los artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario Nacional, a través del cual la administración departamental hace efectivo los créditos fiscales a su favor y cuya finalidad es precisamente obtener el pago forzado de las obligaciones fiscales o recursos a favor.

Para la Corte Constitucional, es un “privilegio exorbitante” de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines del Estado (Sentencia C-666/2000, M. P.: José Gregorio Hernández Molina).

En los términos del artículo 59 de la Ley 788 de 2002, los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo, aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales.

Resulta importante señalar que, a partir de la vigencia de la Ley 1066 de 2006, todas las entidades públicas de todos los niveles que tengan que recaudar rentas o caudales públicos deberán dar aplicación al procedimiento de cobro administrativo coactivo establecido en el Estatuto Tributario Nacional.

No obstante y previo al inicio del proceso administrativo coactivo, la Administración puede agotar el trámite de cobro persuasivo, tendiente a lograr el pago voluntario de las obligaciones vencidas a favor del fisco departamental.

Normas aplicables

El procedimiento de cobro coactivo se rige por las normas contenidas en el título VIII, artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario Nacional y por las normas del Código General del Proceso en las materias relacionadas con las medidas cautelares no contenidas en el Estatuto Tributario y todos los demás aspectos no regulados en dicho estatuto. Los vacíos que se presenten en la aplicación en interpretación de sus normas se llenan con las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Actuación y representación del deudor

Para el proceso de cobro administrativo coactivo, se siguen las reglas generales de capacidad y representación prevista en los artículos 555 y 556 del Estatuto Tributario Nacional; en tal sentido, si el deudor es una persona natural, podrá actuar personalmente, o por su representante legal, o de su apoderado.

Cuando se trate de personas jurídicas o sus asimiladas, el deudor podrá actuar a través de sus representantes, o de apoderado debidamente constituido.

Actuaciones procesales - Mandamiento de pago

El mandamiento de pago es un instrumento probatorio del pago que contiene la expresión de la voluntad del deudor de satisfacer al acreedor la prestación dineraria, de tal forma que, mediante la efectividad de dicho mandamiento, el acreedor, sin necesidad de nuevo acto del deudor, queda satisfecho.

Contenido del mandamiento de pago

Parte considerativa

- Nombre de la entidad ejecutora
- Ciudad y fecha
- Identificación de cada una de las obligaciones por su cuantía, concepto, período y el documento que la contiene. El mandamiento de pago

alusivo a un título ejecutivo complejo deberá enunciar todos los documentos que lo conforman.

- La identificación plena del deudor o deudores, con su nombre o razón social, NIT o cédula de ciudadanía, según el caso.
- Constancia de ejecutoria de los actos administrativos o judiciales que conforman el título.
- Competencia con que se actúa.

Parte resolutive

- 1) La orden de pago por la vía coactiva a favor del tesoro departamental y en contra de persona natural y/o jurídica que aparezca en la parte motiva, con su número de identificación, y que consiste en la orden expresa de pagar dentro de los 15 días siguientes a la notificación el valor de la obligación, las sanciones, los intereses moratorios calculados desde la fecha en que se venció la obligación y hasta cuando se produzca el pago efectivo, la actualización y las costas procesales en que se haya incurrido.
- 2) La orden de citar al ejecutado para que comparezca a notificarse del mandamiento de pago dentro de los 10 días siguientes a la fecha de introducción al correo del oficio de citación y la orden de notificar por correo si no compareciere dentro del término para notificarse personalmente.
- 3) La posibilidad de proponer excepciones dentro del mismo término para pagar.
- 4) La orden de: notifíquese y cúmplase.
- 5) Firma del funcionario ejecutor.

Notificación del mandamiento de pago

La notificación es el acto mediante el cual se pone en conocimiento del deudor la orden de pago. El mandamiento de pago deberá notificarse en forma personal y para tal efecto deberá citársele a las oficinas de la Administración.

La forma de notificar el mandamiento de pago se encuentra prevista en el artículo 826 del Estatuto Tributario Nacional.

Medidas cautelares

Las medidas cautelares o preventivas tienen como finalidad garantizar la conservación de los bienes, los perjuicios que puedan ocasionarse con el proceso, o la efectividad del crédito perseguido.

Conforme al libro 4 del Código General del Proceso, dentro de las medidas cautelares se encuentran las cauciones, el embargo y el secuestro.

El acreedor de una obligación personal tiene el derecho de perseguir su efectividad o pago mediante la venta forzada de todos los bienes presentes o futuros del deudor.

Dentro de los procesos de cobro administrativo coactivo y respecto del ejecutado, son procedentes las medidas preventivas de embargo, secuestro, caución, para levantar embargos o secuestros (Garantía bancaria, E.T., art. 837).

Levantamiento de medidas cautelares

Se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares en los siguientes casos:

- 1) Cuando se encuentren probadas las excepciones (Estatuto Tributario Nacional, artículo 833).
- 2) Cuando en cualquier etapa del procedimiento el deudor cancela la totalidad de las obligaciones (Estatuto Tributario Nacional, artículo 833).
- 3) Cuando el deudor demuestra que se ha admitido demanda contra el título ejecutivo y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Estatuto Tributario Nacional, artículo 837).
- 4) Cuando es admitida la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra la resolución que falla las excepciones y ordena llevar adelante la ejecución, siempre y cuando se preste garantía bancaria o de compañía de seguros por el valor adeudado (Estatuto Tributario Nacional, artículo 837, inciso 2, parágrafo único).

- 5) Opcionalmente en cualquier etapa del procedimiento se podrán levantar las medidas cautelares por otorgamiento de una facilidad de pago, lo cual implica que el deudor ha prestado garantía que respalda suficientemente el cumplimiento de su obligación (Estatuto Tributario Nacional, artículo 841).
- 6) Tratándose de embargo de bien sujeto a registro, cuando el certificado del registrador aparezca que la parte contra quien se profirió la medida no es titular del dominio del respectivo bien.
- 7) Cuando prospere la oposición.
- 8) Cuando en la reducción de embargos así se ordene, respecto de los bienes embargados en exceso.
- 9) Cuando por cualquier medio se extinga la obligación.
- 10) Cuando se hubieren embargado bienes inembargables, respecto de estos bienes.
- 11) Cuando en un proceso concordatario, la autoridad impulsora lo ordene.
- 12) Cuando se suscriba el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se ha acogido el deudor.

Cauciones

De conformidad con los artículos 603 del Código General del Proceso, 47 y 48 del Decreto 2651 de 1991, adoptados como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, las cauciones que la ley ordena prestar pueden ser de varias clases: dinero en efectivo, pólizas de compañías de seguros o bancarias, títulos de deuda pública, bonos, certificados de depósito a término.

Excepciones

Las excepciones son mecanismos procesales de defensa que puede proponer el deudor en las oportunidades previstas en la ley.

En virtud del artículo 830 del Estatuto Tributario Nacional, una vez notificado el mandamiento de pago, el deudor tiene 15 días hábiles para cancelar el monto de la deuda y sus respectivos intereses o para proponer excepciones: este término se cuenta a partir del día siguiente al de la notificación.

Lo anterior significa que el ejecutado, luego de la notificación, puede asumir básicamente tres tipos de conducta:

- 1) Pagar el total de la obligación contenida en el mandamiento de pago.
- 2) Guardar silencio.
- 3) Proponer excepciones.

Excepciones que se pueden proponer

Las excepciones que se pueden proponer dentro del proceso administrativo de cobro coactivo están taxativamente definidas en el artículo 831 del Estatuto Tributario Nacional:

- 1) El pago efectivo.
- 2) La existencia de acuerdo de pago.
- 3) La falta de ejecutoria del título.
- 4) La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente.
- 5) La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- 6) La prescripción de la acción de cobro.
- 7) La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió.
- 8) La calidad de deudor solidario.
- 9) La indebida tasación del monto de la deuda del deudor solidario.

La excepción de prescripción

La prescripción y la incompetencia temporal en materia de liquidación son modos de extinguir la obligación tributaria, que requieren para su operancia el transcurso del tiempo de cinco años contados a partir de cada caso en particular, la inacción por parte de la administración territorial y la renuencia al pago por parte del contribuyente.

La prescripción no se interrumpe por la notificación del acto de determinación oficial del tributo, toda vez que existen causales expresas tales

como el otorgamiento de facilidades de pago, la notificación del mandamiento de pago y el hecho de que el sujeto pasivo se vea incurso en un proceso concursal o en una liquidación forzosa.

Concepto de prescripción extintiva

Las obligaciones tributarias están sujetas al paso del tiempo para su nacimiento, determinación de su vigencia y exigibilidad. Para la regulación de lo último, se prevé la prescripción extintiva.

La prescripción extintiva, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, es un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo.

En este orden de ideas, la prescripción extintiva se constituye en una presunción de desinterés del ente territorial para reclamar su derecho y destruye el vínculo entre este y su deudor-sujeto pasivo o contribuyente.

Requisitos para que opere la prescripción

La prescripción extintiva o liberatoria se materializa cuando concurren tres elementos:

- 1) El transcurso del tiempo requerido para su operancia.
- 2) La inacción por parte de la entidad territorial - acreedor de la obligación tributaria.
- 3) Negación de la obligación y rehusarse al pago por parte del deudor.

Es necesario que el sujeto pasivo de la obligación allegue la prescripción de su obligación, es decir que desconozca la validez y se rehúse al pago de la obligación.

En lo que respecta a la declaratoria de prescripción, esta será decretada por el funcionario competente de acuerdo con la norma interna del departamento, distrito o municipio.

Contabilización del término de prescripción

El término de prescripción establecido para las obligaciones tributarias de las cuales es acreedora una entidad territorial en el Estatuto Tributario Nacional es de cinco años, con base en el artículo 66 de la Ley 383 de 1997 y del artículo 59 de la Ley 788 de 2002.

El término de cinco años se cuenta a partir de los siguientes casos señalados en el artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional:

“Artículo 817. Término de prescripción de la acción de cobro. La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el gobierno nacional para las declaraciones presentadas oportunamente.
2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.
3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.
4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

[...]”.

Competencia temporal para la determinación de las obligaciones tributarias

Para efecto de la aplicación del procedimiento del Estatuto Tributario Nacional, el término para determinar las obligaciones tributarias es de cinco años, el cual deberá contabilizarse:

- a) Cuando existe el deber formal de declarar y no se cumple con el deber formal, la Administración cuenta con cinco años contados a partir del vencimiento del término para declarar. En este caso supone la existencia de un calendario tributario.

- b) Cuando le corresponde a la Administración liquidar el tributo, el término de los cinco años para hacerlo se cuenta a partir de: 1. si existe calendario tributario, a partir del vencimiento del plazo de pago; 2. si no existe calendario, desde el momento de causación del tributo, que en el caso del impuesto predial será el 1º de enero de cada año.

En cualquier caso, con la operancia de la prescripción o de la incompetencia de la administración territorial para establecer el monto de la obligación tributaria, operaría el fenómeno de la extinción de la obligación, el cual debe ser manifestado a través de acto administrativo debidamente motivado.

Actos que interrumpen el término de prescripción de la acción de cobro

El término de prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de las facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término comenzará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

Término para resolver las excepciones

En virtud del artículo 830 del Estatuto tributario Nacional, una vez notificado el mandamiento de pago, el deudor tiene 15 días hábiles para cancelar el monto de la deuda y sus respectivos intereses o para proponer excepciones: este término se cuenta a partir del día siguiente al de la notificación.

El término que tiene la Administración para resolver las excepciones es de un mes contado a partir de la presentación del escrito mediante el cual se proponen. Cuando se hubieren solicitado pruebas, se ordenará previamente su práctica, pero en todo caso las excepciones se resolverán en el término señalado.

Situaciones que se pueden presentar

- 1) *Que se encuentren probadas todas las excepciones respecto de todas las obligaciones*, evento en el cual así lo declarará la resolución, ordenando en la misma providencia dar por terminado el proceso y el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado.
- 2) *Que prosperen parcialmente las excepciones*, evento el cual se ordenará seguir adelante la ejecución respecto de las obligaciones o valores no afectados por las excepciones.
- 3) *Que se declaren no probadas ninguna de las excepciones*, en cuyo caso ordenará seguir adelante la ejecución.

Si la excepción que prosperó es la de pago, y con posterioridad a la resolución que así lo declara se comprueba falsedad en los recibos, procede la revocatoria de dicho acto administrativo, por medio del cual se declaró probada la excepción de pago y se dispuso el archivo del expediente, incluso sin el consentimiento del ejecutado, conforme a lo dispuesto por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de continuar la ejecución hasta obtener el recaudo de la obligación. Adicionalmente, se pondrá el hecho en conocimiento de la justicia penal ordinaria.

No sobra señalar que el mandamiento de pago no será objeto de modificaciones, pues se entiende que el proceso se adelantará por las obligaciones indicadas en la resolución que ordena su continuación. Por esta razón, dicha resolución tendrá la suficiente motivación y la identificación específica de cada una de las obligaciones, tanto aquellas respecto de las cuales el proceso termina como de las que dan lugar a continuarlo.

Es importante señalar que el ejecutor puede declarar de oficio probado cualquiera de los hechos que dan lugar a las excepciones que establece el Estatuto Tributario, esto es, así no la hubiere propuesto el ejecutado, cuando en el curso del proceso tuviere formalmente conocimiento del hecho que la constituye, como el pago, la prescripción, etc., mediante resolución o auto según el caso, y continuar adelante con la ejecución de las obligaciones cobrables.

a. Recursos contra la resolución que resuelve excepciones y forma de notificación

La resolución que ordena seguir adelante la ejecución carece de recursos, salvo cuando resuelva desfavorablemente excepciones, caso en el que procede el recurso de reposición, tal y como lo prevé el artículo 834 del Estatuto Tributario Nacional, ante el mismo funcionario que la profirió y quien para resolverlo dispone de un mes contado a partir de su interposición en debida forma.

b. Intervención del contencioso administrativo

Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, solo serán demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción.

La sentencia de lo contencioso administrativo puede proferirse en cuatro sentidos diferentes:

- 1) Declarar la nulidad de la resolución, porque el contencioso encuentra probada la existencia del hecho constitutivo de la excepción, evento en el cual se dará por terminado el proceso administrativo coactivo respecto de las obligaciones frente a las cuales fueron probadas las excepciones.
- 2) Modificar la resolución por prosperar parcialmente una excepción, lo que da lugar a continuar con la ejecución en los términos indicados en la sentencia.
- 3) Rechazar las pretensiones de la demanda, caso en el que el proceso continuará hasta lograr el remate.
- 4) Sentencia inhibitoria, evento en el que también continuará el trámite normal del proceso.

c. Liquidación del crédito y costas

Ejecutoriada la resolución que ordena llevar adelante la ejecución, se procede a liquidar el crédito y las costas, actuación que consiste en sumar los

valores correspondientes a cada uno de estos conceptos, con el fin de saber con certeza cuál es la cuantía que se pretende recuperar con el remate.

Esta primera liquidación es provisional, particularmente en relación con los intereses, pues, luego de producido el remate, habrá de practicarse una nueva liquidación para, en ese momento, sí establecer de manera definitiva dichos valores, y efectuar correctamente la imputación en el recibo de pago.

d. Avalúo y remate de bienes

El avalúo es la estimación del valor de una cosa en dinero; es decir, fijar un precio a un bien susceptible de ser vendido o comercializado, que debe efectuarse en cualquier momento una vez practicados el embargo y secuestro de los bienes, y en todo en caso antes de que se ordene el remate.

La práctica del avalúo es innecesaria y no hay lugar a ella cuando es dinero lo embargado o bienes muebles que se coticen en bolsa, en donde basta allegar una certificación actualizada sobre su valor en bolsa.

e. Objeción del avalúo

Una vez recibido el avalúo, se dará traslado al deudor mediante providencia, que se notificará personalmente o por correo; en ella se fijarán los honorarios del auxiliar y al deudor se le advertirá que si no está de acuerdo podrá solicitar dentro de los 10 días siguientes a la notificación su aclaración, complementación u objeción por error grave.

El último caso procederá un nuevo avalúo con intervención de un perito particular designado por la Administración, tal como lo prevé el artículo 838 del Estatuto Tributario, para lo cual se utilizarán profesionales expertos que pueden ser elegidos de la lista de auxiliares elaborada por la Administración o en su defecto de las listas del juzgado civil de mayor categoría del lugar.

En la providencia que designe el nuevo perito, se fijarán provisionalmente sus honorarios, los que deben ser cancelados por el deudor antes

de la posesión de aquel. Para este efecto, los consignará en la cuenta de depósitos judiciales a la orden de la Administración, a quien se le entregará el título correspondiente.

f. Remate de bienes

Una vez ejecutoriada la resolución que ordena seguir adelante la ejecución y elaborada la liquidación del crédito y las costas, aun cuando este no se encuentre en firme, se fijará fecha para la realización del remate, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que el bien o bienes se encuentren debidamente embargados, secuestrados y valuados.
- 2) Que estén resueltas las oposiciones o peticiones de levantamiento de medidas cautelares.
- 3) Que se encuentren resueltas las peticiones sobre reducción de embargos o la condición de inembargables de un bien o bienes.
- 4) Que se hubieren notificado personalmente o por correo a los terceros acreedores hipotecarios o prendarios, con el fin de que puedan hacer valer sus créditos ante la autoridad competente.
- 5) Que se encuentre resuelta la petición de facilidad de pago que hubiere formulado el ejecutado o un tercero por él, en caso de haberse presentado solicitud en tal sentido.
- 6) Que en el momento de fijarse la fecha del remate no obre dentro del proceso la constancia de haberse demandado ante lo contencioso administrativo la resolución que rechaza las excepciones y ordene seguir adelante con la ejecución, pues en tal evento no se dictará el auto de fijación de fecha para remate, sino de suspensión de la diligencia, conforme al artículo 835, en concordancia con el 818, inciso final, del Estatuto Tributario.

Según lo dispone el artículo 839-2 del Estatuto Tributario, en esta materia se observarán las disposiciones del Código General del Proceso, que regulan el embargo, secuestro y remate de bienes, el cual prevé en su artículo 448 los requisitos necesarios para dictar el auto que fija fecha para llevar a cabo la diligencia de remate, y que básicamente son los antes enunciados.

En la providencia que fija fecha para el remate, se indicará el día, la hora y lugar en el que se llevará a cabo la diligencia, los bienes objeto de remate debidamente identificados y la base de la licitación que corresponde.

g. Terminación y archivo del proceso

El proceso de cobro administrativo coactivo puede terminar por diferentes causas, así:

- 1) Por el pago de la totalidad de las obligaciones en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, caso en el cual el funcionario ejecutor dictará auto de terminación del proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros si no tuviere embargado el remanente.
- 2) Por revocatoria del título ejecutivo, lo cual puede suceder cuando el demandado ha solicitado por la vía administrativa la revocatoria del acto administrativo que sirvió de título ejecutivo y le fallaron a favor. En este evento, el funcionario ejecutor procederá a revocar el mandamiento de pago, declarando terminado el proceso y ordenando el levantamiento de las medidas cautelares y el archivo del proceso.
- 3) Por prosperar una excepción en relación con todas las obligaciones y los ejecutados, caso en el cual la terminación del proceso se ordenará en la misma resolución que resuelve las excepciones.
- 4) Por haber prosperado las excepciones
- 5) Por encontrarse probados alguno de los hechos que dan origen a las excepciones, aunque estos no se hubieren interpuesto, caso en el cual se dicta un auto de terminación, que, además de dar por terminado el proceso, ordena el levantamiento de las medidas cautelares, el desglose de los documentos a que haya lugar, el archivo del expediente y demás decisiones pertinentes. Este auto será notificado al contribuyente, dicho auto será motivado y se dejarán claramente expuestas las razones de la terminación.
- 6) Por declaratoria de nulidad del título ejecutivo de la resolución que decidió favorablemente las excepciones.
- 7) Por prescripción o remisión. La resolución que ordene la remisión de obligaciones o su prescripción ordenará, igualmente, la terminación y

archivo del proceso coactivo si lo hubiere, o el archivo de los títulos si no se hubiere notificado el mandamiento de pago.

- 8) Por haberse suscrito acuerdo de reestructuración de pasivos, de que trata la Ley 550 de 1999, o un acuerdo de reorganización, de que trata la Ley 1116 de 2006.

Una vez verificado el pago, la compensación u otra cualquiera forma de extinguir las obligaciones, es necesario terminar el proceso y archivar los expedientes de cobro.

Reglamento interno de recaudo de cartera

Tiene como objetivo establecer el procedimiento que debe aplicar el nivel central del departamento de Cundinamarca para el cobro de la cartera por los recursos tributarios y no tributarios; rentas que se originen en obligaciones legales, en uso del poder sancionatorio; las multas y comparendos resultado de infracciones a las norma de tránsito y transporte terrestre; las tasas generadas en la prestación de servicios de los organismos de tránsito, así como para otorgar facilidades de pago; exigir el otorgamiento de garantías para la liquidación de intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente y sus normas reglamentarias.

Para el efecto, resulta menester incorporar como parte integral del *Manual de defensa judicial* el Decreto departamental 145 del 15 de mayo de 2015, “por el cual se expide el reglamento interno del recaudo de cartera del departamento de Cundinamarca”.

Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

Tal y como lo ha consagrado la Corte Constitucional (Sentencia C-834/13, M. P.: Alberto Rojas Ríos), las medidas cautelares son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera, el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin

de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, la Corte ha señalado en casos anteriores que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

Finalidad

Las medidas cautelares se dirigen a proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Procedencia de las medidas cautelares - artículo 229 del CPACA

En todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa administrativa, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se registrarán por lo dispuesto en el capítulo XI del CPCA y podrán ser decretadas de oficio.

Contenido y alcance de las medidas cautelares - artículo 230 del CPACA

Las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado ponente puede decretar una o varias de las siguientes medidas:

- Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible. Esta medida consiste en una obligación de “hacer”, pues la parte contra la que se dirige la medida cautelar debe realizar acciones tendientes a volver las cosas a su estado anterior. Cuando el juez o el magistrado ponente deduzcan una grave e inminente violación a un derecho fundamental, tienen la obligación constitucional de decretar o conceder esta medida.
- Suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual. A esta medida solo acudirán el juez o el magistrado ponente cuando exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello no fuere posible, indicarán las condiciones o señalarán las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

La norma le impone al juez una obligación de observar si puede dejar de decretar la medida cautelar ante la posibilidad de que la situación se conjure de otra manera, por lo cual no siempre que se solicite esta medida se debe decretar.

- Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. Se trata de una medida de carácter transitorio según la cual deja de ser obligatorio en sus efectos un acto administrativo.
- La suspensión provisional deberá someterse a los requisitos que trae la nueva disposición a los cuales nos referimos al hablar de ella.
- Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
- Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. Lo anterior quiere decir que se pueden imponer obligaciones que implican conductas para la entidad o el particular que cumple funciones administrativas, pero también de

abstenerse de realizar una conducta, que lógicamente será aquella que impida continuar con la perturbación del derecho o el incumplimiento del deber con la comunidad.

Entre las medidas cautelares, la orden puede conllevar la obligación de expedir un acto administrativo, pero el juez reemplaza al funcionario en la adopción de la decisión. Por eso, esta norma contiene un párrafo, según el cual, si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el juez o el magistrado ponente no pueden sustituir a la autoridad competente en la decisión correspondiente, sino que solo debe limitar a ordenar la adopción de la decisión dentro del plazo que fije para ello atendiendo a la urgencia o necesidad de la medida, con arreglo a los límites y criterios establecidos. Lo anterior tiende a evitar abusos de poder y el respeto a las competencias.

Requisitos para decretar las medidas cautelares - artículo 231 del CPACA

Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse al menos sumariamente la existencia de estos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:

- 1) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- 2) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- 3) Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio

de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

- 4) Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a. que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b. que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Lo anterior tiene razón de ser en el entendido que deben existir suficientes elementos de los cuales se puede colegir un perjuicio de mayor intensidad al que se está causando.

Caución - artículo 232 del CPACA

La ley exige caución por parte de quien solicite la medida que preste caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con ella. El juez o magistrado ponente es quien debe determinar la modalidad, la cuantía y demás condiciones de la caución, el cual le puede ofrecer alternativas al solicitante para la constitución de dicha caución.

La decisión que fija la caución o la que la niega es apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepta o rechaza la caución prestada no es apelable.

Se excepcionan de la exigencia de la caución los procesos en los cuales la medida cautelar sea la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, y en los procesos que tenga por finalidad la protección de los derechos y los intereses colectivos, en los procesos de tutela, o cuando el solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares - artículo 233 del CPACA

La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El juez o magistrado ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término que dispone el demandado para pronunciarse sobre la solicitud; en dicho auto el juez o el magistrado ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo puede hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepta la caución prestada.

Si la medida cautelar se solicita en audiencia, se correrá traslado durante esta a la parte para que se pronuncie sobre ella y, una vez evaluada por el juez o el magistrado ponente, podrá ser decretada en la misma audiencia.

Si la medida es negada, se puede solicitar nuevamente cuando se hayan presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumple con las condiciones requeridas para su decreto. El auto que resuelva la solicitud no tiene recursos.

Como se ve, el procedimiento para adoptar medidas cautelares no es complejo, antes, resulta ser ágil y novedoso en cuanto permite que las medidas cautelares puedan solicitarse y decretarse en cualquier momento, lo cual tiene sentido, dado que lo que se busca es proteger el objeto del litigio y evitar acciones temerarias y de mala fe de la parte contra quien se aducen.

Procedimiento de las medidas cautelares de urgencia - artículo 234 del CPACA

Las medidas cautelares pueden tener el carácter de urgentes, esto es, algo que no puede esperar, por tratarse de situaciones de emergencia que no admiten el procedimiento mencionado anteriormente, en el cual hay que agotar los términos de traslado y de decisión.

El artículo 234 del CPACA establece que en tales eventos, desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el juez o magistrado ponente pueden decretar la medida cautelar cuando cumplidos los requisitos para su adopción se evidencie que por su urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. La decisión no es susceptible de recursos y la medida adoptada debe comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

La medida cautelar de urgencia también procede en los casos en que se puede decretar de oficio. Al respecto, hay que recordar que la Ley 472 de 1998, en su artículo 17, establece la facultad que tiene el juez de “tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos”. Razón por la cual es viable que el juez la decreta en casos de emergencia de manera oficiosa.

Levantamiento, modificación y revocatoria de medidas cautelares - artículo 235 del CPACA

El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del juez o magistrado ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el juez o magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustan-

cial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que, de acuerdo con las normas vigentes, puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales.

Recursos - artículo 236 del CPACA

El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se conceden en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de 20 días.

En los casos que se tomen decisiones relacionadas con el levantamiento, en la modificación o la revocatoria de medidas cautelares, no procede recurso alguno.

Prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado - artículo 237 del CPACA

Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido - artículo 238 del CPACA

Si se trata de la reproducción del acto suspendido, bastará solicitar la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañando al proceso copia de este. Esta solicitud se decidirá inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso y, en la sentencia definitiva, se resolverá si se declara o no la nulidad de ambos actos.

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto del juez o magistrado ponente, contra la cual proceden los recursos de apelación o el de súplica, según el caso, los que se decidirán de plano.

Procedimiento en caso de reproducción del acto anulado - artículo 239 del CPACA

El interesado podrá pedir la suspensión provisional y la nulidad del acto que reproduce un acto anulado, mediante escrito razonado dirigido al juez que decretó la anulación, con el que acompañará la copia del nuevo acto.

Si el juez o magistrado ponente considera fundada la acusación de reproducción ilegal, dispondrá que se suspendan de manera inmediata los efectos del nuevo acto, ordenará que se dé traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción y convocará a una audiencia, con el objeto de decidir sobre la nulidad.

En esa audiencia, el juez o magistrado ponente decretará la nulidad del nuevo acto cuando encuentre demostrado que reproduce el acto acusado, y compulsará copias a las autoridades competentes para las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

La solicitud será denegada cuando de lo debatido en la audiencia se concluya que la reproducción ilegal no se configuró.

Responsabilidad - artículo 240 del CPACA

Salvo los casos de suspensión provisional de actos administrativos de carácter general, cuando la medida cautelar sea revocada en el curso del proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante responderá patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado, los cuales se liquidarán mediante incidente promovido dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Las providencias que resuelvan el incidente de responsabilidad de que trata este artículo serán susceptibles del recurso de apelación o de súplica, según el caso.

Sanciones al incumplimiento de una medida cautelar - artículo 241 del CPACA

El legislador quiso sancionar el incumplimiento de una medida cautelar por parte de quien deba acatarla: dicho incumplimiento genera la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento, hasta por el monto de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que exceda de 50 salarios mínimos.

La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad judicial que profirió la orden, y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco días.

Además, el incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave.

Aquí se otorgaron poderes correccionales al juez para que las medidas adoptadas no sean desconocidas.

Responsabilidad de las oficinas asesoras jurídicas y su aporte en los procesos administrativos y/o judiciales

Todo servidor público está al servicio del Estado y de la comunidad, y debe ejercer funciones en las formas previstas por la Constitución, la ley o el reglamento, estando su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva determinadas por la ley.

Conforme a lo anterior y sin importar la forma o manera en que se encuentre vinculado el servidor público, deben asistirlo compromisos mayores consigo mismo, la comunidad, la institución a la que presta sus servicios y, por ende, con el Estado, lo que importa y le impone por encima de

cualquier circunstancia lealtad, entrega, vocación, sacrificio, capacidad, disciplina, honorabilidad, voluntad y honradez, entre otras muchas consideraciones y convicciones que debe ofrecer en beneficio de las instituciones, la ciudadanía y el Estado.

El artículo 6° de la Carta Política dispone que “los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Así mismo, el artículo 90 de la norma supra preceptúa que

“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, a través de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas asignadas.

En escala de funciones, es misión de la Secretaría Jurídica del Departamento procurar, mediante la asesoría, la representación delegada, el apoyo y la asistencia al despacho del gobernador y a las demás dependencias del sector central de la administración del departamento, que las actuaciones de la administración seccional se realicen acorde con el orden jurídico y prestar apoyo jurídico a las entidades descentralizadas y municipios de la entidad territorial.

Si bien es cierto que la función es de apoyo a las direcciones o grupos jurídicos de las diferentes dependencias del sector central del departamen-

to en la toma de decisiones que involucren el componente jurídico y fijar la posición jurídica del departamento cuando se presente desacuerdo, ello no significa que las oficinas asesoras jurídicas no tengan una responsabilidad directa frente a la dependencia a la cual pertenecen, o que simplemente, en un momento dado, trasladen su responsabilidad funcional a la Secretaría Jurídica Departamental, toda vez que el jefe o coordinador de la oficina asesora y el grupo de funcionarios que la componen tienen una responsabilidad subjetiva propia del cargo que desempeñan.

En tal sentido, las oficinas asesoras jurídicas no se pueden convertir simplemente en oficinas de enlace ante la Secretaría Jurídica Departamental, en el entendido de que su compromiso es transversal a toda la Administración y de ahí su responsabilidad para cooperar en debida forma con la Secretaría Jurídica, bien en el impulso de los procesos contractuales, la defensa judicial y extrajudicial, la correcta revisión de los actos administrativos que se profieran, la correcta emisión de los conceptos jurídicos, el debido cuidado que se debe tener en las acciones constitucionales (tutelas, acciones de cumplimiento y populares) y el apoyo en la consecución de información documental como insumo de los procesos que se adelanten bien sea en sede administrativa y/o judicial.

Resulta importante destacar la necesidad de actualización legal, jurisprudencial y doctrinal que les asiste a las oficinas asesoras jurídicas como herramienta para atender en debida forma cada uno de los temas que por competencia funcional deban conocer y resolver. Por ende, no es aceptable el desconocimiento de estos aspectos como excusa de la debida atención en los asuntos a su cargo.

Debida y oportuna observancia de los términos judiciales

Tal y como lo define la Corte Constitucional en la Sentencia C-02 de 2002 (M. P.: Jaime Araújo Rentería), “[...] todo proceso es un conjunto reglado de actos que deben cumplirse en determinados momentos y acatando un orden que garantice su continuidad, al punto que un acto no resulta

posible si no se ha superado la oportunidad en que debe ejecutarse otro anterior, y así sucesivamente, pero una vez clausurada cada etapa se sigue inexorablemente la siguiente, aunque se hayan omitido las actividades señaladas para esa ocasión. Desde este punto de vista, el proceso es un sistema de ordenación del tiempo dentro del cual los diferentes sujetos procesales deben cumplir las actividades requeridas por la ley, las cuales constituyen actos preparatorios para la resolución de las pretensiones de las partes, a través de la sentencia”.

Los términos procesales “constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley, o el juez, a falta de señalamiento legal, establecen para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por aquél, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la justicia”. Por regla general, los términos son perentorios, es decir, improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que se tenía mientras estaban aún vigentes.

Tanto las partes procesales como las autoridades judiciales están obligadas a cumplir en forma exacta y diligente los plazos que la ley consagra para la ejecución de las distintas actuaciones y diligencias en las diversas fases de los procesos. Así pues, las partes tienen la carga de pedir las pruebas, controvertir las allegadas a los procesos, interponer y sustentar los recursos, y, desde luego, participar de cualquier otra forma en el proceso dentro de las etapas y términos establecidos en la ley.

Así las cosas, cada uno de los profesionales del derecho que ejercen la defensa del departamento de Cundinamarca tienen la obligación de respetar los términos definidos en la ley o los indicados por el operador jurídico de conocimiento y no existe excusa, salvo fuerza mayor o caso fortuito, para no cumplirlos, corriendo con la responsabilidad disciplinaria, fiscal y/o de repetición que conlleva su inobservancia.

La inobservancia de un término judicial se puede convertir en el pasabordo de una condena en contra de los intereses del departamento de Cundinamarca, con consecuencias económicas que comprometen el erario público.

Oportunidad de la prueba dentro de los procesos judiciales y/o administrativos

Valedero resulta traer a colación la Sentencia C-496 de 2015 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), toda vez que

“el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial”.

“La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial”.


“La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado social de derecho”.

Dentro del debido proceso probatorio no se incluye solamente el derecho a presentar o solicitar pruebas, sino también a controvertir las que se presenten por las partes, lo cual implica la posibilidad de participar en su práctica y refutarlas a través de los medios legales.

De ahí la importancia para que los apoderados que representan los intereses del departamento y que obviamente actúan como sujetos procesales presenten oportunamente las pruebas para hacerlas valer ante las acciones administrativas y/o judiciales en las que actúan, toda vez que el mayor porcentaje de éxito de un proceso pende de las pruebas que se alleguen.

Las entidades cuya actuación administrativa es la génesis de los procesos administrativos y/o judiciales son los directos responsables en la consecución de las pruebas que se han de hacer valer y su falta de participación no los excusa de las acciones que a futuro se emprendan por esta omisión.





Libro 3
Personas jurídicas
sin ánimo de lucro

Definición

Las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos, las cuales nacen por voluntad de sus asociados o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas, gremiales o de beneficio comunitario¹.

El artículo 633 del Código Civil colombiano define el concepto de persona jurídica así: “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”.

Las entidades de dicha naturaleza jurídica se caracterizan principalmente por:

- Son personas jurídicas (crean una persona diferente de sus asociados).
- No tienen ánimo de lucro (no reparten utilidades).
- Tienen fines sociales (encaminadas al mejoramiento social y beneficio común).
- Son regladas (se encuentran definidas en la ley nacional, y para su existencia, validez y funcionamiento requieren de formalidades legales)².

Clases de entidades sin ánimo de lucro

Entidades sin ánimo de lucro de uso más frecuente:

- Fundaciones.
- Asociaciones y corporaciones.

1. Dirección Jurídica Distrital. (2013). *Manual de entidades sin ánimo de lucro (ESAL)*.

2. Gaitán Sánchez, O. M. (2014). *Guía práctica de las entidades sin ánimo de lucro y del sector solidario*.

- Entidades del sector solidario.
- Veedurías ciudadanas.
- Entidades extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro con domicilio en el exterior que establezca negocios permanentes en Colombia.

¿Qué es una fundación?

Una fundación es una persona jurídica sin ánimo de lucro que nace de la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas y cuyo objetivo es propender por el bienestar común, bien sea a un sector determinado de la sociedad o a toda la población en general.

La fundación surge de la destinación que haga su fundador o sus fundadores de unos bienes o dineros preexistentes para la realización de unas actividades que, según su sentir, puedan generar bienestar social³.

¿Qué es una asociación o corporación?

La asociación o corporación es un ente jurídico sin ánimo de lucro que nace de la voluntad de varios asociados o corporados, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas (privadas o públicas), y que tiene como finalidad ofrecer bienestar físico, intelectual o moral, a sus asociados y/o a la comunidad en general.

Para la creación de una asociación o corporación se requiere la presencia de mínimo dos constituyentes o asociados fundadores, ya sean personas naturales o jurídicas.

Las asociaciones o corporaciones, al constituirse en personas jurídicas, pueden ejercer derechos y contraer obligaciones, así como estar representadas por personas naturales o jurídicas, en asuntos judiciales y extrajudiciales.

La base fundamental para la existencia de una asociación o corporación son las personas que la conforman, es decir, los asociados de esta.

3. *Ibid.*

Se dice que la asociación o corporación existe mientras sus asociados lo hagan, o hasta cuando estos decreten su disolución, o cuando la reducción del número de asociados conlleve su disolución⁴.

Fundamento legal de la inspección, vigilancia y control de las ESAL

A través de los artículos 38 y 39 de la Constitución Política, el Estado garantiza la libertad de las personas a asociarse, ausentes del ánimo de lucro, y adicionalmente consagra en el artículo 189, numeral 26, de la Constitución Política que el Presidente de la República ejercería funciones de inspección, control y vigilancia sobre las entidades sin ánimo de lucro (corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa: ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores).

De acuerdo con la delegación conferida mediante los decretos 1318 de 1988⁵ y 1093 de 1989⁶, el gobernador ejercerá la labor de inspección, control y vigilancia.

Dentro de las facultades otorgadas por la ley, se tienen las siguientes atribuciones:

- 1) Practicar visitas de inspección.
- 2) Solicitar información y documentos.

4. *Ibid.*

5. "Delegase en los gobernadores de los departamentos y en el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, la función de ejercer la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, domiciliadas en el respectivo departamento y en la ciudad de Bogotá, D.E., que no estén sometidas al control de otra entidad".

6. "El artículo 2º del Decreto 1318 de 1988 quedará así: Artículo 2º. Para efectos de la inspección y vigilancia a que se refiere el artículo anterior, el representante legal de la institución presentará a estudio y consideración de los gobernadores de los departamentos y del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, según el caso, los estatutos de la entidad, los proyectos de presupuesto y los balances de cada ejercicio, con arreglo a las normas vigentes sobre la materia".

- 3) Examinar actas, estatutos, libros.
- 4) Solicitar proyectos de presupuesto, flujos de caja, balances de cada ejercicio y demás documentos contables, con arreglo a las normas vigentes sobre la materia.
- 5) Asistir a las sesiones que realicen las asambleas y los órganos de administración, en las cuales se elijan representantes u otros dignatarios.
- 6) Ordenar la cancelación de la personería jurídica o la inscripción de los órganos del representante legal y/o sus dignatarios.

El Decreto 1066 de 2015 estableció (antes Decreto 1529 de 1990): “El gobernador del departamento podrá cancelar, de oficio o a petición de cualquier persona, la personería jurídica de las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, o la inscripción de sus dignatarios, incluyendo la del representante legal, además de los casos previstos en la ley, cuando sus actividades se desvíen del objetivo de sus estatutos, o sean contrarias al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres”. “Artículo 2.2.1.3.18. Inspección y vigilancia. Además de lo previsto en los decretos 1318 de 1988 y 1093 de 1989, para ejercer la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, el gobernador podrá ordenar, a través de la dependencia respectiva de la Gobernación, visitas a las dependencias de la entidad y pedir la información y documentos que considere necesarios. Así mismo, podrá asistir, directamente o a través de un delegado, a las sesiones que realicen las asambleas de dichas entidades, con domicilio principal en el departamento, en las cuales se elijan representantes legales o demás dignatarios”.

En concordancia con las disposiciones establecidas en el Decreto 361 de 1987, podrán decretarse visitas de inspección en orden a asegurar que estas cumplan la voluntad de los fundadores, conserven e inviertan debidamente sus rentas y se ajusten en su formación y funcionamiento a las leyes y decretos, y observen normalmente sus propios estatutos.

Mediante el Decreto 11 del 25 de enero de 2017, se delegaron funciones al Director de Personas Jurídicas en el departamento de Cundinamarca y,

por medio del Decreto 126 del 21 de abril de 2017, se reguló el procedimiento en cumplimiento del ejercicio de inspección, vigilancia y control sobre entidades sin ánimo de lucro domiciliadas en el departamento de Cundinamarca, se delegan funciones y se dictan otras disposiciones.

A través de la Circular 35 de 2018, se estableció la información jurídica, contable y financiera que deberán aportar las entidades sin ánimo de lucro.

Información jurídica, financiera y contable

- Acta de constitución, donde se manifiesta la voluntad de los fundadores y/o asociados para crear la entidad sin ánimo de lucro (ESAL), y su registro ante la respectiva cámara de comercio.
- Los estatutos y/o las reformas estatutarias, el acta donde se aprueban estos y su registro ante la respectiva cámara de comercio.
- Acta donde se hace el nombramiento de los dignatarios y el representante legal, y su registro ante la respectiva cámara de comercio.
- De acuerdo con lo estipulado en el Decreto 19 de 2012, aportar la certificación de inscripción expedida por la cámara de comercio de los libros de asociados y las actas del máximo órgano social.
- Para aquellas entidades sin ánimo de lucro (ESAL) que no hayan aportado ninguna información desde su constitución, deben presentar un informe ejecutivo de la actividad desarrollada en cumplimiento de su objeto social.
- Estado de situación financiera comparativo con el año inmediatamente anterior.
- Estado de resultados integral comparativo con el año inmediatamente anterior.
- Estado de cambios en el patrimonio comparativo con el año inmediatamente anterior.
- Estado de flujo de efectivo comparativo con el año inmediatamente anterior.
- Notas a los estados financieros comparativos con el año inmediatamente anterior, que incluyan un resumen de las políticas contables significativas y otras de información explicativa.

- Certificación de estados financieros.
- Declaración de renta.
- Dictamen del revisor fiscal.
- Acta de asamblea de aprobación de estados financieros y destinación de los excedentes.
- Proyecto de presupuesto por ejecutar en la siguiente vigencia.
- RUT (Registro Único Tributario) actualizado.
- Fotocopia de la matrícula profesional y certificación de antecedentes disciplinarios de la Junta Central del Contador y del revisor fiscal que firma los estados financieros.

Es importante resaltar que las entidades sin ánimo de lucro no persiguen ánimo de lucro, por lo tanto, no se crean para el reparto, entre los asociados, de las ganancias que se generen en desarrollo de su objeto social, sino que busca el cumplimiento para la cual fue creada.

Cómo se constituye una entidad sin ánimo de lucro

Dado el carácter voluntario y asociativo de las entidades sin ánimo de lucro, su constitución debe surgir a partir de la manifestación de la voluntad del fundador (en el caso de las fundaciones) o constituyente o de los fundadores o constituyentes (para el caso de las asociaciones o corporaciones, las entidades del sector solidario, las veedurías ciudadanas)⁷.

Reunión de constitución

La asamblea de constitución la deben presenciar todas las personas naturales que quieren asociarse y dar inicio a una persona jurídica sin ánimo de lucro. Para las fundaciones, puede ser un solo fundador y su decisión se puede plasmar en el acta de constitución.

El acta de la asamblea de constitución debe:

- Decir la ciudad y el lugar de la reunión, además de la hora en la que se dará inicio.

⁷. Gaitán Sánchez, *op. cit.*

- Listado de las personas que asistan a la reunión y que tengan la calidad de fundadores o constituyentes, indicando su número de identificación, así como su domicilio.
- Escoger quién va a presidir la reunión entre todos los participantes, quién va a desenvolverse como presidente, a quién se le delegará dar la palabra y establecer orden; así mismo, se tendrá que nombrar un secretario, quien tomara nota de las interposiciones de los concurrentes y elaborara el acta.
- Decidir el tipo de entidad que quieren constituir (una fundación, corporación o asociación), con arreglo a los intereses por desarrollar y manifestar su voluntad de constituirla.
- Elaborar los estatutos, los cuales deben crearse conforme con las normas especiales que regulan el tipo de entidad.
- Someter los estatutos a consideración de los participantes a la asamblea de constitución, para su aprobación.
- Formalizar la designación de los directivos, representantes legales y órganos de fiscalización y control de la entidad que está constituyéndose. Establecer el número de votos con que se designan, indicar el nombre completo, el número de identificación y el cargo para el cual son elegidos, y dejar constancia de la aceptación de los nombramientos, si las personas elegidas se encuentran presentes en la reunión.
- Realizada el acta de constitución, se someterá a consideración de la asamblea de constitución.
- Aceptada el acta, esta debe ser firmada por el presidente y el secretario de la reunión, y radicada junto a los estatutos en la cámara de comercio de su jurisdicción, para obtener la personería jurídica.

Si la entidad sin ánimo de lucro constituida es de las establecidas en el artículo 45 de la Ley 2150 de 1995, por competencia, se enviarán los estatutos y el acta de constitución a la Gobernación de Cundinamarca en los casos establecidos por la ley para ejercer la inspección, control y vigilancia.

Una vez registrada la entidad sin ánimo de lucro en la cámara de comercio correspondiente, debe remitirse dentro de los 10 días hábiles siguientes

a la fecha de inscripción copia del acta de constitución, copia de los estatutos y un certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio a la Gobernación de Cundinamarca, para realizar la inspección, control y vigilancia.

Estatutos de una entidad sin ánimo de lucro

Los estatutos de las entidades sin ánimo de lucro son las disposiciones internas que conforman el marco de acción, funcionamiento y desarrollo de los objetivos de la entidad que está constituyéndose y sobre los cuales se basan su existencia, toma de decisiones, designación de administradores y órganos de fiscalización, su disolución y liquidación.

En razón de las disposiciones legales vigentes, los estatutos de las entidades sin ánimo de lucro deben contener unos requisitos generales que se encuentran regulados en el Decreto 1066 de 2015, y que como mínimo debe tener toda entidad sin ánimo de lucro que se constituya, y unos requisitos especiales, que se encuentran previstos de manera diferencial en la normatividad que regula cada tipo de entidad.

Estos estatutos como mínimo deben contener:

- 1) su nombre, precedido de la denominación jurídica correspondiente a su naturaleza, según se trate de asociación o corporación, fundación o institución de utilidad común;
- 2) domicilio;
- 3) duración;
- 4) objeto o finalidad de la entidad, indicando expresamente que es una entidad sin ánimo de lucro;
- 5) órganos de administración, determinando su composición, modo de elección o designación, funciones y quorum deliberatorio y decisorio;
- 6) determinación de la persona que ostentará la representación legal de la entidad;
- 7) revisor fiscal. En el caso de las fundaciones o instituciones de utilidad común, deberá ser contador titulado con su respectivo número de matrícula;

- 8) patrimonio y disposiciones para su conformación, administración y manejo;
- 9) disposiciones sobre disolución, liquidación y destinación del remanente de los bienes a una institución de utilidad común o carente del ánimo de lucro que persiga fines similares.

Todas las entidades sin ánimo de lucro deben establecer un sistema para su representación, enunciando las facultades que se les conceden a los órganos administrativos, que como mínimo tendrán que designar en los respectivos estatutos:

- Asamblea General
- Junta directiva o consejo directivo o consejo de administración
- Representante legal
- Revisor fiscal
- Fiscal o comité de control social o junta de vigilancia

Reformas estatutarias

Los estatutos de las entidades sin ánimo de lucro se constituyen en la fuente principal de las disposiciones internas que regulan su existencia, funcionamiento, desarrollo, disolución y liquidación.

Tales estatutos sociales nacen principalmente de la voluntad de los asociados fundadores o constituyentes, quienes elaboran un articulado con observancia de sus intereses directos y de la ley especial que regule el tipo de entidad que va a constituirse.

Precisamente la voluntad de los asociados, o una necesidad de actualización legal, o la observancia de una decisión administrativa o judicial, puede generar unas modificaciones en los estatutos que dan surgimiento a las denominadas reformas estatutarias.

Tales reformas estatutarias pueden presentarse en cualquiera de los aspectos regulados en los estatutos: nombre, domicilio, objeto, sistema de administración, reuniones y facultades de órganos de administración, patrimonio, etc.

Las reformas estatutarias deben ser aprobadas por el órgano que se encuentra previsto para tal fin en los estatutos (normalmente la asamblea general), o por el órgano en el que esta delegue tal función (junta directiva, consejo de administración, etc.).

Reuniones ordinarias y reuniones extraordinarias

En los estatutos se debe indicar la periodicidad de las reuniones ordinarias de los órganos de administración y los asuntos por tratar en ellas, como también las reuniones extraordinarias, dejando estipulado cómo se calcularán las mayorías referente en la toma de decisiones.

La asamblea general ordinaria se celebrará en los tres primeros meses del año y verificará el avance de las actividades de la entidad; también, aprobará los estados financieros (balance general) del último año.

Las reuniones extraordinarias se celebrarán en cualquier momento y se convocarán para atender asuntos urgentes o importantes que requieran una aprobación inmediata.

En los estatutos, se tendrá que establecer cómo, quién y con qué antelación se cita a las reuniones extraordinarias, y como medio para convocar se pueden utilizar carteleras, cartas, telegramas, correo electrónico, volantes, avisos en prensa, etc.

El órgano que convoca es la persona o personas facultadas en los estatutos para realizar las convocatorias; debe establecerse en los estatutos quién o quiénes están facultados para efectuar las convocatorias, es decir, para citar a las reuniones ordinarias o extraordinarias.

La antelación para convocar con la cual deben hacerse las citaciones para reuniones ordinarias y extraordinarias será la indicada en los estatutos sociales.

La duración de la entidad y causales de disolución

Debe definirse en las asociaciones y corporaciones el término previsto para la duración de la entidad, este puede ser en razón del tiempo que tome

el objetivo para realizar, con excepción de las fundaciones, para las cuales su duración es indefinida.

La disolución de la entidad es la declaración de finalizar con la entidad que se ha organizado, por lo cual se crean unas causales en los estatutos.

La ley dispone, en consideración al tipo de entidad sin ánimo de lucro, causales para su disolución, los asociados pueden establecer otras causales y la asamblea o el órgano que corresponda, según los estatutos, debe manifestar la disolución explícitamente, a través de una reunión y elaborando el acta correspondiente.

Para las fundaciones, además de definir en los estatutos la eventualidad de la declaratoria de la disolución por la voluntad de los asociados, también debe considerarse cuando se le cancela la personería jurídica o por la extinción de su patrimonio o por la destrucción de los bienes destinados a su manutención.

Causales de disolución

a) Vencimiento del término de duración

Se observa al agotamiento del término establecido en los estatutos, el cual puede cambiarse antes de su cumplimiento.

b) Cumplimiento del objetivo social

Aplica cuando se cumple el objeto que dio apareamiento a la entidad sin ánimo de lucro, por lo tanto, se tendrá que decretar la disolución y se prosigue la liquidación.

c) Voluntad de los asociados

Procede de la manifestación de la voluntad de los asociados, porque no se cumple el objetivo social, o porque no se dan las condiciones para cumplirlo, o simplemente porque no se desea continuar desarrollando ese objetivo social.

d) Por inactividad

En las asociaciones, corporaciones y fundaciones, se constituye como causal de disolución el hecho de que se hayan dejado de realizar actividades relacionadas con el objetivo social; se realiza mediante una reunión del órgano máximo de administración para aprobar la disolución y proceder a la liquidación.

e) Por extinción del patrimonio

En las fundaciones, dado su carácter patrimonial, cuando se desaparece su patrimonio, o los bienes destinados para el desarrollo de su objeto social.

f) Sanciones administrativas

Una entidad pública, en cumplimiento del ejercicio de la función de inspección, control o vigilancia, puede decretar la disolución de una entidad sin ánimo de lucro cuando considere que no se han observado las disposiciones legales para su actividad.

g) Providencias judiciales

Son aquellas decisiones judiciales, emanadas de un proceso judicial, que ordenan la disolución de una entidad y su inmediata liquidación. Esas decisiones (autos o sentencias) se inscriben en las cámaras de comercio o en la entidad que ejerce inspección, control y vigilancia, debidamente ejecutoriadas.

La liquidación una vez disuelta la entidad sin ánimo de lucro

La disolución de la entidad sin ánimo de lucro involucra que se adelante su liquidación.

En los estatutos debe establecerse el procedimiento, teniendo en cuenta lo determinado en el Decreto-Ley 1066 de 2015:

- Cuando la entidad decreta su disolución, en ese mismo acto nombra un liquidador, o en su defecto, lo será el último representante legal

inscrito. Así mismo, la entidad designará el liquidador cuando se decrete la cancelación de la personería jurídica; si no lo hiciera, lo será el último representante legal inscrito, y a falta de este, el gobernador lo designará.

- Avisos en prensa (3) con intervalos de 15 días.
- Estudio de la situación financiera de la entidad.
- Elaboración de inventarios y balance general.
- Pago de pasivos de la entidad.
- Si cumplido lo anterior queda un remanente de activo patrimonial, este pasará a la entidad que haya escogido la asamblea o a una similar, como figure en los estatutos. Cuando ni la asamblea ni los estatutos hayan dispuesto sobre este aspecto, dicho remanente pasará a una entidad de beneficencia que tenga radio de acción en el respectivo municipio.
- Aprobación de la liquidación.
- Registro del acta de liquidación ante la respectiva cámara de comercio.

Registros ante cámaras de comercio

Cuando se constituya una entidad sin ánimo de lucro, se debe registrar ante la cámara de comercio correspondiente; es fundamental verificar el nombre que va a utilizarse, para determinar que no se encuentre ya inscrita una entidad sin ánimo de lucro con el mismo nombre, motivo que daría lugar a la no inscripción de la entidad.

Una vez con personería jurídica, la entidad sin ánimo de lucro tendrá que inscribir los siguientes actos:

- Reformas estatutarias totales o parciales.
- Nombramientos de órganos de administración y control.
- Nombramiento del representante legal y de dignatarios.

En las cámaras de comercio también deben registrarse las copias de las actas de disolución y nombramiento del liquidador de las entidades sin ánimo de lucro que se encuentren previamente inscritas.

Si la declaratoria de disolución proviene de una entidad administrativa o judicial, debe inscribirse la decisión administrativa o la providencia judicial, con constancia de su ejecutoria.

Inspección, vigilancia y control a las ESAL en los departamentos

El panorama a nivel nacional es inquietante al no existir una normatividad suficientemente clara y precisa por medio de la cual se pueda abordar el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de las entidades sin ánimo de lucro (ESAL), dada la problemática existente y la evolución inusitada de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia.

La experiencia del departamento de Cundinamarca es fiel retrato de la estructuración normativa nacional, al existir una legislación precaria y desactualizada, regulando de forma general los diferentes aspectos de tipo de legal, referentes a las facultades de inspección y vigilancia para este tipo de entidades, dejando serios vacíos normativos que dan lugar al surgimiento de entidades sin ánimo de lucro de ‘simple expectativa’ o de ‘papel’, o aquellas que desvían su fin esencial y altruista, de interés general y servicio a la comunidad, utilizando sus recursos de forma indebida.

La insuficiencia de normatividad impone límites a los entes territoriales para que puedan ejercer de forma efectiva y eficiente sus funciones de inspección, vigilancia y control a las entidades sin ánimo de lucro a lo largo y ancho del territorio nacional.

Es por eso que se deben unir criterios jurídicos, provenientes de los diferentes actores, sean estas entidades de inspección, vigilancia y control, y cámaras de comercio, basados en sus experiencias y expectativas, para promover un proyecto de ley que modifique el esquema normativo actual y fomentar así buenos modelos de gobierno corporativo, en el entendido de encauzar la identificación de las continuas transgresiones y disminuir la brecha que existe para extinguir malas praxis administrativas, jurídicas, contables y financieras.

La descentralización territorial de la función de inspección, vigilancia y control en los departamentos por disposición de la Ley 22 de 1987 y el Decreto 1318 de 1988 únicamente especificó la jurisdicción de los entes territoriales teniendo en cuenta el domicilio de la entidad, omitiendo uno de los elementos fundamentales que determina la competencia, como lo es el objeto social, el cual ha sido regulado en varias disposiciones legales equivalentes o complementarias asignadas a diferentes autoridades, originando diversidad normativa y conflictos de competencias entre las diferentes entidades que por mandato de la ley realizan funciones de inspección, vigilancia y control en Colombia.

Por otra parte, es necesario precisar las serias dificultades que tenemos los departamentos del país para llevar a efecto una buena práctica de la función de supervisión delegada por el Presidente de la República; recordemos que dentro de nuestra competencia territorial como departamento se encuentran los municipios donde tienen asiento o domicilio todas las ESAL que están bajo la jurisdicción de cada una de las 32 gobernaciones.

Las grandes distancias de la gran mayoría de los municipios a las sedes administrativas departamentales o a los entes privados de registro, que, para el caso en concreto de los actores privados, son las cámaras de comercio de Bogotá, Facatativá, Girardot, Honda, Puerto Salgar y Villavicencio, para llevar a cabo todos los protocolos de constitución de una entidad sin ánimo de lucro con domicilio en el departamento de Cundinamarca, sumado al desconocimiento de los ciudadanos, que en su mayoría son campesinos, quienes no cuentan con los medios tecnológicos y administrativos para efectuar la creación y puesta en marcha de este tipo de organizaciones, son los principales inconvenientes para su instauración.

Aunado a esto, también está la seria dificultad para que la autoridad de inspección y vigilancia a través de sus funcionarios llegue a los domicilios registrados en las cámaras de comercio en lugares remotos para realizar las visitas administrativas que la norma dispone, toda vez que su ubicación se encuentra en veredas y algunas en lugares indeterminados.



CUNDINAMARCA
unidos podemos más

Desde otra perspectiva, los constituyentes o fundadores de las entidades sin ánimo de lucro registran objetos sociales difusos, amplios, diversos, enfocados en diferentes temáticas, dejando entrever los fines comerciales y lucrativos para sus miembros, apartándose de la esencia y la filosofía jurídica de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común, que en su contexto deben proponer beneficios sociales, altruistas y filantrópicos.

El departamento de Cundinamarca tiene como misión acercarse a su gente a través de un buen gobierno, que busca transformar vidas, integrar comunidades, potencializar el territorio y propender por su felicidad, y como visión en 2036, el departamento mejor educado, formando ciudadanos resilientes, tolerantes y felices, compartiendo un territorio ordenado, sostenible, integrado y competitivo, con igualdad de oportunidades para el campo y la ciudad, utilizando las herramientas que genera el desarrollo inteligente. Es por ello que en el Plan de Desarrollo de Cundinamarca “Unidos podemos más” 2016–2020, en cabeza del gobernador Jorge Emilio Rey Ángel, la Secretaría Jurídica de la Dirección de Personas Jurídicas, dentro del artículo 61c, Subprograma Cundinamarca, territorio legal y con autoridad, se creó la meta 580, mediante la cual se implementó un plan de acción para ejercer una efectiva inspección, control y vigilancia de los establecimientos que figuran como entidades sin ánimo de lucro que desarrollan actividades no concordantes con el objeto y función social en los municipios del departamento, supervisando a 9.565 entidades sin ánimo de lucro de los 116 municipios del departamento de Cundinamarca.

El plan de acción de la Secretaría Jurídica de la Dirección de Personas Jurídicas, por medio de un ejercicio integral, buscó construir y proporcionar una visión y una línea de acción a largo plazo, con el fin de articular actores y políticas, garantizando la coherencia de los esfuerzos adelantados desde los diferentes sectores del gobierno departamental. A continuación se relacionan los objetivos estratégicos, las metas y las actividades establecidas en el plan de acción:

Objetivo estratégico	Meta	Actividades
<p>Fase 1. Realizar un diagnóstico, evaluación e implementación de un plan de acción para la inspección, vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en los 116 municipios del departamento de Cundinamarca.</p>	<p>Implementar un plan de acción para ejercer una efectiva inspección, control y vigilancia de los establecimientos que figuran como entidades sin ánimo de lucro que desarrollan actividades no concordantes con el objeto y función social en los municipios del departamento.</p>	<p>Realizar un diagnóstico de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en el departamento de Cundinamarca.</p>
		<p>Efectuar una evaluación comparativa de la información recaudada en el diagnóstico inicial de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en el departamento de Cundinamarca.</p>
		<p>Implementar el plan de acción para ejercer una efectiva inspección, control y vigilancia de los establecimientos que figuran como entidades sin ánimo de lucro que desarrollan actividades no concordantes con el objeto y función social en los municipios del departamento de Cundinamarca.</p>
<p>Fase 2. Actualizar y aplicar el procedimiento establecido por la normatividad vigente para la inspección, vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en el departamento de Cundinamarca.</p>	<p>Velar por la aplicación del procedimiento de inspección, vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común para dar cumplimiento a la normativa vigente.</p>	<p>Proceso de gestión jurídica debidamente certificado.</p>
<p>Fase 3. En desarrollo de la función de inspección, vigilancia y control, se analizará y revisará la documentación relacionada con el quehacer administrativo, financiero y jurídico, y todo tipo de documento que verifique el cumplimiento del objeto social y estatutario de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en los 116 municipios del departamento de Cundinamarca.</p>	<p>En desarrollo de la función de inspección, vigilancia y control, se analizará la documentación relacionada con el quehacer administrativo, financiero y jurídico, y todo tipo de documento que verifique el cumplimiento del objeto social y estatutario de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en los 116 municipios del departamento de Cundinamarca.</p>	<p>Mantener actualizada la base de datos con la información de personas jurídicas, como una herramienta tecnológica y base de datos para el registro, inspección, vigilancia y control de las personas jurídicas sin ánimo de lucro domiciliadas en el departamento de Cundinamarca.</p>
		<p>Expedición de circulares, respuestas a requerimientos y actos administrativos relacionados con el quehacer administrativo, financiero y jurídico de la Dirección de Personas Jurídicas.</p>

Objetivo estratégico	Meta	Actividades
<p>Fase 4. Ejercer la inspección, vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común reportadas por medio de las cámaras de comercio con la jurisdicción en el departamento de Cundinamarca, quejas e información de terceros, y así velar para que las entidades se comporten acorde con los planteamientos estatutarios, legales y constitucionales.</p>	<p>Atender las quejas de oficio y denuncias presentadas en contra de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en el departamento de Cundinamarca para asumir la investigación si es del caso.</p>	<p>Atención y respuesta oportuna a quejas y denuncias.</p> <p>Averiguaciones preliminares.</p>
<p>Fase 5. Realizar las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria cuando, como resultado de averiguaciones preliminares, se establezca que existan méritos para adelantar un proceso sancionatorio.</p>	<p>Proyectar, revisar y aprobar los actos de iniciación de las investigaciones en contra de las entidades sin ánimo de lucro y utilidad común con domicilio en el departamento de Cundinamarca para imponer las sanciones a que haya lugar de acuerdo con la normatividad vigente.</p>	<p>Acto administrativo de apertura de investigación.</p> <p>Archivo y/o cancelación de inscripción de dignatarios, representante legal y personería jurídica.</p> <p>Seguimiento al proceso de disolución y liquidación.</p>

Finalmente, es importante referirnos en el caso de las gobernaciones al Decreto 1066 de 2015, capítulo tercero, mediante el cual se reguló la cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común en los departamentos, norma que, compilatoria del Decreto 1529 de 1990, al aplicar su contenido, genera dificultades a los operadores administrativos de inspección y vigilancia en algunos de sus articulados, como, por ejemplo, el artículo 2.2.1.3.3, el cual establece la cancelación de la personería jurídica de las entidades sin ánimo de lucro:

“El gobernador del departamento podrá cancelar, de oficio o a petición de cualquier persona, la personería jurídica de las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, o la inscripción de sus dignatarios, incluyendo la del representante legal, además de los

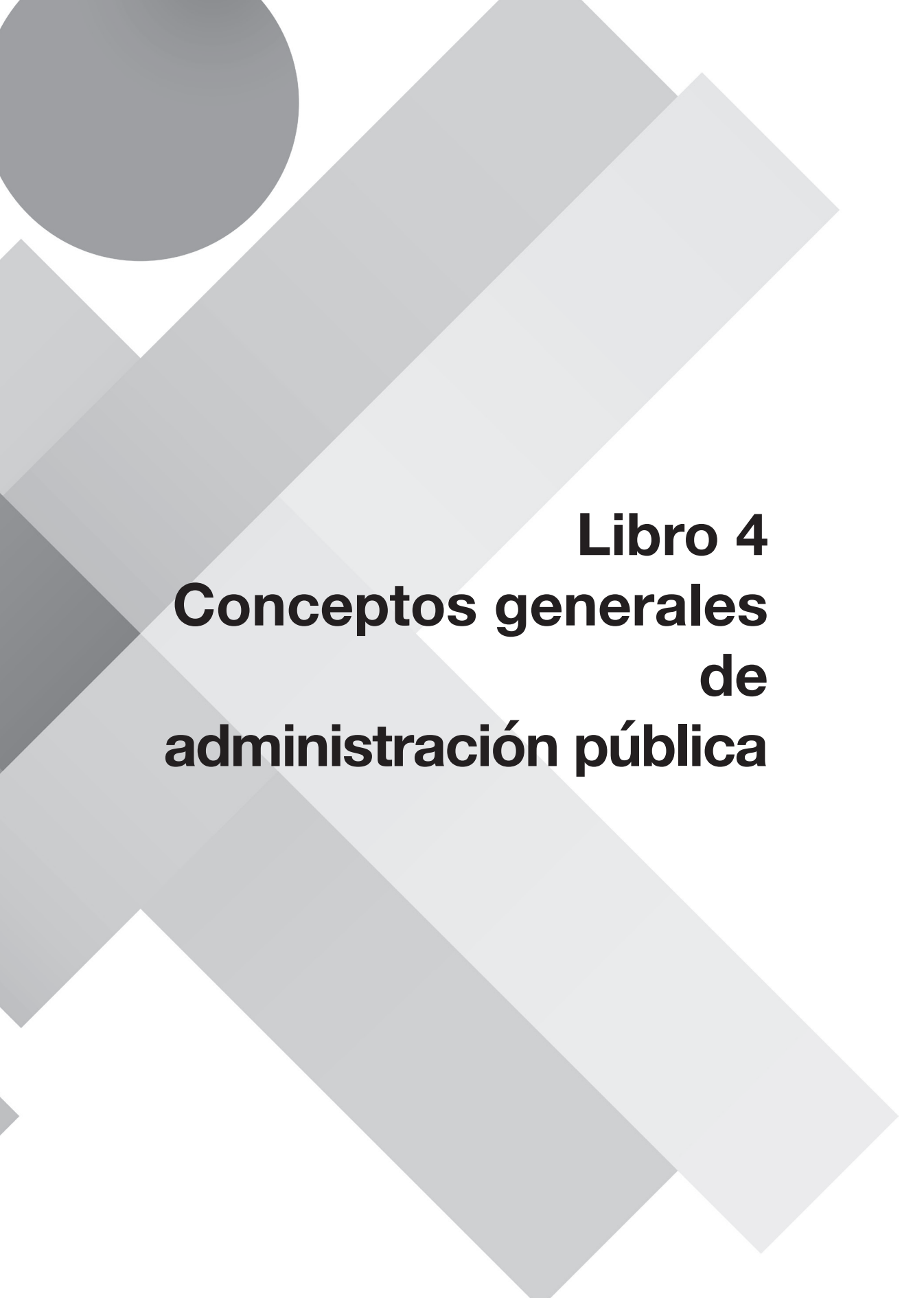
casos previstos en la ley, cuando sus actividades se desvíen del objetivo de sus estatutos, o sean contrarias al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres. La solicitud de cancelación de la personería jurídica se dirigirá al gobernador acreditando la prueba de configuración de la causal invocada y formulando los hechos y los fundamentos legales. Con la firma de la solicitud se entenderá que la queja se presenta bajo la gravedad del juramento”.

Es primordial dejar como referencia la dificultad que representa en una sociedad moderna la expresión “buenas costumbres”, contenida en la norma, al no tener una definición de tipo legal que pueda de forma alguna vislumbrar un concepto claro e inequívoco que permita a los entes territoriales establecer la eventual responsabilidad de una ESAL.

Como también se evidencia en los decretos 1318 de 1988 y 1093 de 1989, al establecer en su articulado de forma general y poco precisa las funciones de inspección y vigilancia; por lo tanto, la elaboración de un proyecto de ley que reglamente y unifique la normatividad existente, supliendo los vacíos normativos en materia de inspección, vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro e instituciones de utilidad común, dotaría de herramientas jurídicas idóneas a las autoridades administrativas para el cumplimiento de sus funciones, sin dejar de lado el valor agregado que estas entidades del tercer sector, como actividad económica, prestan a la entidad territorial respectiva.







Libro 4
Conceptos generales
de
administración pública

Capítulo I

Conceptos generales

La Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos de la Secretaría Jurídica del departamento de Cundinamarca tiene como una de sus funciones la de emitir conceptos jurídicos en asuntos y materias que tengan relación con el ejercicio de la administración pública. Lo anterior para efectos de brindar herramientas que contribuyan al cumplimiento satisfactorio de las responsabilidades a cargo de cada una de las dependencias de la administración departamental, así como de los municipios del departamento.

A continuación se transcribirán algunos de los conceptos emitidos en el cuatrienio 2016-2019, los cuales han sido considerados como los más útiles, especialmente para las administraciones municipales, en aras de ofrecer guías de apoyo en el quehacer diario de los servidores públicos.

Liquidación de intereses moratorios en sentencias judiciales

Tema de consulta

Se solicita concepto jurídico en el cual la Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos se pronuncie sobre:

“[...] la forma como se deben liquidar los intereses de mora de las sentencias en que resulte involucrado el departamento de Cundinamarca.

[...]

Ahora bien, para poder emitir el presente documento, he tenido en cuenta los pronunciamientos efectuados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, así como por la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la misma corporación, el concepto de la Dirección de Conceptos de la Gobernación de Cundinamarca, así como por la Dirección de Defensa de la Alcaldía Mayor de Bogotá, concluyendo que:

- a) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPA-CA y cuya sentencia también se dictó antes, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al artículo 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia.
- b) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPA-CA y cuya sentencia se dictó después, causan intereses de mora, en caso

de retardo en el pago, conforme al artículo 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición del artículo 308 de este.

c) Los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del CPACA y desde luego la sentencia se dicta conforme al mismo, causan intereses de mora conforme al artículo 195 del CPACA, [...]”.

Normativa

El artículo 177 del derogado Decreto 1 de 1984 del Código Contencioso Administrativo, en su tenor literal, establecía:

“[...] Artículo 177. Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.

El agente del ministerio público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

El Congreso, las asambleas, los concejos, el Contralor General de la República, los contralores departamentales, municipales y distritales, el Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender al pago de todas las condenas que haya relacionado el ministerio público.

Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES> Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales y moratorias.

Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que

los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma.

En asuntos de carácter laboral, cuando se condene a un reintegro y dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, éste no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo [...].”

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reglamentó lo relativo a los intereses que se causan por la condena a una entidad del nivel nacional o territorial, en los siguientes términos:

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

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

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

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

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

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

Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

[..]

Artículo 195. Trámite para el pago de condenas o conciliaciones. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.
2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.
3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.
4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad

obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial.

La ordenación del gasto y la verificación de requisitos de los beneficiarios, radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, ni para el Fondo de Contingencias. En todo caso, las acciones de repetición a que haya lugar con ocasión de los pagos que se realicen con cargo al Fondo de Contingencias, deberán ser adelantadas por la entidad condenada.

Parágrafo 1. El gobierno nacional reglamentará el procedimiento necesario con el fin de que se cumplan los términos para el pago efectivo a los beneficiarios. El incumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de créditos judicialmente reconocidos y con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos acarreará las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar.

Parágrafo 2. El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria [...]”.

En el artículo 308 del CPACA, se estableció el régimen de transición normativa así:

“[...] Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”.

Jurisprudencia

Frente a la aplicación del artículo 308 del CPACA, así como respecto de la forma de liquidar los intereses de mora, en tratándose de sentencias

que impongan el pago de sumas líquidas de dinero a cargo de las entidades estatales, se han emitido varios pronunciamientos jurisprudenciales, los cuales difieren en su interpretación; a continuación se citan los apartes más relevantes de estos:

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió el concepto con radicación interna: 2184, número único: 11001-03-06-000-2013-00517-00, de fecha 29 de abril del año 2014, en el cual afirmó:

“[...] La Sala debe establecer si los intereses moratorios que se causan por la falta de cumplimiento oportuno de condenas impuestas a entidades públicas o de acuerdos conciliatorios aprobados mediante providencia judicial con posterioridad a la fecha en que entró a regir la Ley 1437 de 2011 (2 de julio de 2012), pero cuyas demandas se instauraron antes de dicha fecha, se liquidan con base en lo previsto por la Ley 1437 de 2011 o con base en lo dispuesto por el Decreto-Ley 1 de 1984.

[...]

2. Régimen de transición y vigencia de la Ley 1437 de 2011, ‘Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo’.

[...].

La vigencia de la Ley 1437 de 2011 se estableció para el dos (2) de julio de 2012, es decir, transcurrido un término de dieciocho (18) meses a partir de su expedición, con el propósito de que en ese lapso se hicieran los ajustes presupuestales, estructurales, orgánicos y pedagógicos necesarios para su debida implementación, El artículo 308 *ibídem* así lo señala:

‘Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior’.

En armonía con el precepto anterior, el artículo 309 *ejusdem* derogó, entre otras normativas, el Decreto-Ley 1 de 1984:

‘Artículo 309. Derogaciones. Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 1 de 1984 [...]’.

[...]

Recuérdese que para resolver los conflictos suscitados por el tránsito de legislación, la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, al porvenir, lo que comporta que se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación. La excepción es que la ley sea retroactiva, es decir, tenga fuerza para regular hechos ocurridos en el pasado o situaciones jurídicas pretéritas, o sea con anterioridad a su vigencia.

[...]

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

En conclusión, el nuevo Código únicamente se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a las situaciones enteramente nuevas, nacidas con posterioridad a su vigor, y la ley antigua, en este caso el Decreto-Ley 1 de 1984 y las normas que lo modifiquen o adicione, mantienen su obligatoriedad para las situaciones jurídicas en curso, independientemente del momento en que culminen.

[...]

3. El pago de sentencias y conciliaciones y la tasa aplicable en materia de intereses de mora de acuerdo con el régimen anterior.

Los artículos 173, 176 y 177 del Decreto-Ley 1 de 1984, Código Contencioso Administrativo (CCA) vigente hasta el 2 de julio de 2012, establecían las condiciones y regulaban el procedimiento para hacer efectivas las condenas impuestas a las entidades públicas.

En efecto, el artículo 173 del mencionado Código señalaba que proferida la sentencia y una vez en firme, el juez administrativo debía comunicarla a la entidad vencida en el proceso, con copia íntegra de su texto, recibida la comunicación, el artículo 176 *ibídem* ordenaba a las autoridades a quienes correspondiera la ejecución de una sentencia dictar dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución mediante la cual se adoptaran las medidas necesarias para su cumplimiento.

A su turno, el artículo 177 *eiusdem* indicaba que una vez en firme una sentencia condenatoria, contaba la entidad pública a cargo de su cumplimiento de un plazo de dieciocho (18) meses para ese efecto, so pena de ser ejecutable ante la justicia. Y en cuanto a la tasa aplicable a los intereses de mora, el inciso final del citado artículo 177 disponía que: '[...] Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales [...]'].

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-188 de 1999 declaró inexecutable los apartes tachados y encerrados entre paréntesis de esta norma, así como expresiones en el mismo sentido del inciso segundo del artículo 65 de la Ley 23 de 1991 (artículo 72 de la Ley 446 de 1998), al considerar que resultaba injustificado e inequitativo y, por tanto, violatorio del derecho a la igualdad, prever un plazo en el cual las obligaciones en mora a cargo del Estado no devenguen intereses moratorios...

[...]

Además, en la misma providencia la Corte Constitucional aclaró el momento en que se causan los intereses de mora, según se trate del cumplimiento de sentencias o de conciliaciones, para lo cual puntualizó:

'Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago –evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales–, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria'.

[...]

[...]

De conformidad con lo expuesto, las reglas para la efectividad de las sentencias condenatorias y las conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción contenciosa, bajo el anterior Código Contencioso Administrativo, se resumen así:

(i) Las entidades públicas tienen un término de 18 meses para el cumplimiento de las sentencias condenatorias en firme que les impongan el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero y/o el término pactado en los casos de los acuerdos conciliatorios y, una vez vencidos estos plazos sin que se hubieran satisfecho esos créditos judiciales pueden ser exigidos mediante juicio ejecutivo promovido por sus beneficiarios ante la jurisdicción.

(ii) Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias o en acuerdo conciliatorio devengarán intereses moratorios dependiendo del plazo con que cuente la entidad pública obligada para efectuar el pago: a) en cuanto a las sentencias los intereses moratorios se causan desde el momento de su ejecutoria, excepto que esta fije un plazo para su pago, caso en el cual dentro del mismo se cancelarán intereses comerciales; y b) en el evento de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término acordado y, una vez fenecido este, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora.

(iii) El interés comercial está determinado por el artículo 884 del Código de Comercio, para los casos en que se haya especificado un término para cumplir la sentencia o en la conciliación, en la tasa equivalente al interés bancario corriente. Los intereses moratorios señalados en el artículo 177 del CCA corresponden a una y media veces de los corrientes bancarios, siempre y cuando no excedan el límite previsto para no incurrir en el delito de usura, caso en el cual deberán reducirse a dicho tope.

4. El pago de sentencias y conciliaciones y la tasa aplicable en materia de intereses de mora según la Ley 1437 de 2011.

En el Código de Procedimiento Administrativo y del Contencioso Administrativo, expedido mediante la Ley 1437 de 2011, en los artículos 192, 194 y 195 del título V, referente a la demanda y proceso contencioso administrativo, capítulo VI, correspondiente a la sentencia, teniendo en cuenta que el compromiso

de las entidades públicas de honrar los créditos judicialmente reconocidos en sentencias y providencias en firme no respondía en debida forma a los principios de eficiencia, economía y eficacia, se replanteó la regulación para el cumplimiento de las sentencias y conciliaciones por parte de las entidades públicas, así:

a) Del cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas

El artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, en relación con el cumplimiento de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas, preceptúa:

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

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

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código...

[...]

[...]

5. Naturaleza de la actuación tendiente al cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas

Los artículos 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 176 del Decreto-Ley 1 de 1984, señalan que las entidades públicas deben adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de las sentencias o conciliaciones, labor que se concreta en la expedición de actos de ejecución o cumplimiento que han de notificarse a la parte interesada, con el fin de que esta

pueda verificar si se acata o no todos los extremos de la respectiva providencia y la fecha en la que se cumple. Todo acto proferido por la administración que se limite a ordenar el cumplimiento de una sentencia o conciliación tiene jurídicamente tal connotación, es decir, de mero acto de ejecución.

El acto de ejecución no es de carácter definitivo, pues no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, dado que tales efectos jurídicos se predicán de la sentencia o conciliación objeto de cumplimiento. No son más que actos de cumplimiento de un fallo o providencia judicial y no la culminación de una actuación administrativa que, como es sabido, es antecedente al proceso judicial y no consecuencia del mismo.

En este caso, el procedimiento que se adelante para la expedición del acto de ejecución por parte de la entidad pública obligada depende en todo del proceso o actuación judicial que culminó con la imposición de la condena o con la aprobación de una conciliación, toda vez que no expresa la voluntad de la administración, ni resuelve una situación jurídica, sino que se limita a materializar o cumplir lo ordenado y decidido en providencias judiciales con efectos de cosa juzgada. De ahí que ante la negativa de la administración o su silencio, o la orden de cumplimiento parcial de la obligación de pago, el administrado no tendrá que ejercer nuevamente los controles de legalidad frente al acto de ejecución, pues la fuerza de la cosa juzgada de dichas providencias que reconocen créditos judiciales a su favor le permitirá acudir a la jurisdicción para su ejecución forzada, ya que lo contrario sería permitir la indefinición de las situaciones jurídicas ya juzgadas.

[...]

Por lo tanto, de conformidad con los artículos 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011, la entidad obligada al cumplimiento de una sentencia condenatoria o de una conciliación debidamente aprobada, debe expedir los actos necesarios para su ejecución, los cuales no definen una situación administrativa, la cual ya fue decidida por el juez con el carácter obligatorio y vinculante que le imprime la cosa juzgada, efecto incuestionable en tanto dichos actos versan sobre el mismo objeto, se fundan en la misma causa y tienen identidad de las partes, solo que concretan y hacen efectiva la respectiva decisión judicial.

Así las cosas, la Sala concluye que el procedimiento o actuación que se adelanta por las entidades estatales para pagar las condenas judiciales o conciliaciones prevista en el artículo 176 del Decreto-Ley 1 de 1984 y ahora

en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, no constituye un procedimiento o actuación administrativa independiente o autónoma respecto al proceso o actuación judicial que dio lugar a su adopción, ni pueden en tal virtud tener un tratamiento separado de la causa real que las motiva.

[...]

6. Tasa de mora aplicable para créditos judicialmente reconocidos mediante sentencias y conciliaciones cuando existe variación en el tránsito de legislación

Cuando la obligación no se cumple dentro del término oportuno según su fuente (art. 1494 del CC), por ejemplo, el estipulado por las partes en un contrato o el previsto en la ley, se incurre en una tardanza con relevancia jurídica, denominada por el ordenamiento 'mora', que constituye un estado de incumplimiento de la prestación objeto de esta y produce unos perjuicios al acreedor denominados moratorios, que representan el daño causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación y por el cual el deudor se encuentra en el deber de reparar.

Según el artículo 1608 del Código Civil transcurrido el plazo o término para el pago de una obligación positiva sin que se hubiere este realizado en la oportunidad debida, por esa sola circunstancia, se incurre en mora, salvo que la ley o el contrato exija requerimiento o reconvencción para tal efecto y no se hubiere renunciado. Este precepto, dispone que el 'deudor está en mora. 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora'.

En el ordenamiento jurídico se consagra que la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del pago oportuno de la obligación de dar una cantidad líquida de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora (arts. 1617, Código Civil; y 884, Código de Comercio). En efecto, cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil, de conformidad con el cual '[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo', disposición que permite sostener que el perjuicio se presume *iuris et de iure* y que se dispensa de la carga de demostrar la cuantía, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal.

[...]

En este sentido, las entidades estatales en su calidad de deudoras de la obligación de entregar una cantidad líquida de dinero impuesta en una sentencia condenatoria en su contra o en un acuerdo conciliatorio debidamente aprobado judicialmente deben pagarla dentro de los plazos legales o convencionales –según el caso– para su cumplimiento, sin perjuicio de que estén obligadas a reconocer intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la decisión judicial, de acuerdo a unas tasas variables previstas en ley (DTF o comercial, según el numeral 5 del artículo 195 y el inciso segundo del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011).

Ahora bien, respecto de la tasa de interés, en línea de principio, aplica la vigente al momento de la mora. En efecto, cuando existe variación de las tasas de interés en el tiempo, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado coinciden en su jurisprudencia en el sentido de que, en tratándose de créditos emanados de contratos, se aplican las vigentes al tiempo de la mora, y en caso de cambios normativos las que rigen el respectivo período cuando no se agota bajo las anteriores y continúa en las normas ulteriores.

Esta doctrina jurisprudencial se fundamenta en la forma de producción jurídica de los intereses y se ampara en el numeral segundo del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual, si bien '[e]n todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración', se exceptúan 'las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción [sic] será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido'. De esta manera, como los intereses moratorios son una pena, si durante el estado de incumplimiento de la obligación emanada de un contrato se produce una modificación en la tasa moratoria, según el citado artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, el nuevo precepto que la contiene es de aplicación inmediata, lo que implica liquidar con base en la tasa antigua los intereses del período anterior al tránsito de legislación, mientras que los devengados con posterioridad a este se liquidan con la nueva tasa.

[...]

III. Conclusiones

1. La Ley 1437 de 2011, en los artículos 308 y 309, consagró el régimen de transición y vigencia y las normas que derogó, respectivamente. La vigencia del nuevo Código se dispuso a partir del 2 de julio de 2012 y se

ordenó aplicarla a todos los procesos, demandas, trámites, procedimientos o actuaciones que se inicien con posterioridad a dicha fecha, pero también expresamente se señaló que los que estuvieran en curso al momento de entrar a regir, seguirían siendo gobernados por el régimen jurídico precedente. Además, derogó, entre otras normativas, el Decreto-Ley 1 de 1984.

Por lo tanto, a los trámites, procesos, actuaciones, procedimientos, demandas y actuaciones iniciadas antes del 2 de julio de 2012 se les aplica, en estricto rigor, el Decreto-Ley 1 de 1984, desde su inicio y hasta su culminación independientemente de la fecha en que ocurra esta última.

[...]

3. El trámite de pago de condenas judiciales o conciliaciones previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, no constituye un procedimiento o actuación administrativa independiente o autónoma respecto al proceso o actuación judicial que dio lugar a su adopción. Se concreta en simples actos de cumplimiento o de ejecución de las sentencias condenatorias o las conciliaciones, de manera que no representan la culminación de una actuación administrativa, ni pueden por lo mismo tener un tratamiento separado de la causa que las origina.

4. En consecuencia, la naturaleza de la actuación de liquidación y pago de la sentencia o conciliación, no es el criterio que permita la aplicación de la Ley 1437 de 2011, por cuanto hace parte de la fase de ejecución de dichas providencias judiciales y de cumplimiento de la decisión contenida en estas con fuerza de cosa juzgada.

5. No obstante, la Ley 1437 de 2011 sí es aplicable para el reconocimiento y liquidación de los intereses de mora derivados del pago de las sentencias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción, cuyo cumplimiento corresponda a partir de su vigencia.

En efecto, como se explicó, si la trasgresión de la obligación de pago de una suma de dinero impuesta a una entidad estatal en una sentencia o derivada de una conciliación se produce en vigencia de una ley posterior que sanciona esa conducta de manera diferente a como lo hacía otra anterior que regía al momento en que se interpuso la demanda o solicitud que dio lugar a la respectiva providencia que reconoce el crédito judicial, es aquella y no esta última la aplicable. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del tránsito de legislación y se prolonga durante la

vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley.

6. Por consiguiente, a la luz de las reglas de las obligaciones y de la dinámica propia de la institución de la mora de las prestaciones, la Ley 1437 de 2011, en particular lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 195, en concordancia con el inciso segundo del artículo 192 *ibidem*, es aplicable en materia de reconocimiento y liquidación de intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la respectiva decisión judicial, a la tasa DTF o a la tasa comercial, según el período de la mora, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia o conciliación proferida con posterioridad a su entrada en vigencia (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta fecha.

Conforme a lo expuesto, la Sala RESPONDE:

Cuando una entidad deba dar cumplimiento a una sentencia o conciliación proferida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta fecha; ¿se debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 o con las disposiciones para la liquidación de intereses moratorios del Decreto 1 de 1984?

La tasa de mora aplicable para créditos judicialmente reconocidos en sentencias condenatorias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción es la vigente al momento en que se incurre en mora en el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de aquellas. En consecuencia, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia proferida o conciliación aprobada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta, debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del tránsito de legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley [...].”

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, en Sentencia Radicación 52001-23-31-000-2001-0371-02 de fecha 20 de octubre de 2014– estableció:

“[...] 8. Régimen de intereses de mora que aplica a las conciliaciones y condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo: regulación de los artículos. 177 del CCA y 195.4 del CPACA.

Los artículos 177 del CCA y 195 del CPACA reclaman examinar la manera como se aplican a los procesos judiciales, atendiendo a la posibilidad siempre latente de que el condenado incurra en mora de pagar la obligación pecuniaria que adquiere por causa de una sentencia o de un acuerdo conciliatorio. Se trata de la constante procesal que, institución por institución del CPACA, exige precisar la vigencia que tiene cada una de estas dos normas en los procesos judiciales en curso y en los que iniciaron después de su vigencia.

Esencialmente, la problemática consiste en que el artículo 177 del CCA establece que la mora en el pago de una condena de una suma líquida de dinero –no otro tipo de condena– causa intereses moratorios equivalentes a la tasa comercial, a partir del primer día de retardo; mientras el artículo 195.4 del CPACA establece dos tasas de mora: i) dentro de los 10 primeros meses de retardo se paga el DTF; y después de este término el interés corresponde a la tasa comercial. La diferencia es importante, por eso hay que examinar cuál tasa de mora se aplica a cada sentencia que dicta esta jurisdicción.

De atenerse a la regla procesal general de transición, prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el artículo 195.4 aplicaría a los procesos en trámite, a partir de la fecha en que entró en vigencia la nueva ley...

No obstante, lo cierto es que tratándose de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el CPACA creó una norma especial de transición procesal, de modo que la anterior no rige esta clase de procesos. El artículo 308 estableció la regla inversa: el CPACA no aplica –en ninguno de sus contenidos– a los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia; por el contrario, sólo rige los procesos judiciales iniciados en virtud de una demanda presentada después de su vigencia: ‘... las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior’.

En efecto quiere decir lo anterior que: la demanda presentada antes de la vigencia del CPACA determina que el proceso que se inició continúa su trámite, hasta culminarlo, conforme con el CCA; y la demanda presentada en vigencia del CPACA avanzará, hasta culminarse.; situación que no aplica a los recursos extraordinarios que se promuevan contra la sentencia dictada

en el proceso ordinario ,al considerarse que no son una parte y/o instancia en el proceso sobre el cual se ejerce la nueva acción.

[...]

‘La tasa de mora aplicable para créditos judicialmente reconocidos en sentencias condenatorias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción es la vigente al momento en que se incurre en mora en el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de aquellas. En consecuencia, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia proferida o conciliación aprobada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta, debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del tránsito de legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley’ (p. 31).

La Sección Tercera, Subsección C, difiere de estas conclusiones y considera que el artículo 308 rige plenamente esta situación –la del pago de intereses de mora de sentencias dictadas al amparo del proceso que regula el CCA–, de allí que los procesos cuya demanda se presentó antes de que entrara en vigencia el CPACA incorporan el artículo 177 del CCA, como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago por parte del condenado; mientras que los procesos cuya demanda se presentó después de la entrada en vigencia del CPACA incorporan como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago de la sentencia por parte del condenado, el artículo 195 del CPACA.

En conclusión, el artículo 308 del CPACA regía este tema, y conforme a él se debe resolver la cuestión. En los términos expresados, la Sala concluye que:

i) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPACA y cuya sentencia también se dictó antes, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al artículo 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición del artículo 308.

ii) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPACA y cuya sentencia se dicta después, causan intereses de mora, en caso de

retardo en el pago, conforme al artículo 177 del CCA, y la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición expresa del artículo 308 de este.

iii) Los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del CPACA, y desde luego la sentencia se dicta conforme al mismo, causan intereses de mora conforme al artículo 195 del CPACA”.

Concepto

El presente concepto pretende puntualizar, desde el punto de vista normativo, la forma como se deben liquidar los intereses moratorios de una sentencia en la cual se afecte al departamento de Cundinamarca, de acuerdo con el régimen de transición establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente al contenido del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984).

Lo primero es decir que el artículo 308 del CPACA es muy claro cuando, al establecer el régimen de transición, precisa que el mismo solo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a su entrada en vigencia.

De igual manera, el mencionado artículo determina que aquellos procedimientos, actuaciones administrativas y las demandas y procesos que al inicio de la vigencia del Código se encuentren en curso seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior, es decir, bajo el amparo del Decreto 1 de 1984; luego, entonces, se trata de determinar la normativa que se debe aplicar en el momento de efectuar la liquidación de los intereses de mora de una sentencia judicial, dependiendo ello del momento histórico en que se inició el procedimiento y aquel en que se haya producido el fallo definitivo.

Para lo anterior, se tendrá en cuenta el criterio establecido por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero

Ponente: Enrique Gil Botero, en Sentencia Radicación 52001-23-31-000-2001-0371-02, de fecha 20 de octubre de 2014, por considerar que la interpretación que se dio frente a la aplicación del artículo 308 del CPACA es la que en derecho debe darse, toda vez que “[...] cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu [...]”¹.

Consecuencia de lo anterior es que se debe entender que aquellos procesos contenciosos iniciados en vigencia del derogado Decreto 1 de 1984, Código Contencioso Administrativo, se rigen para todos sus efectos por ese estatuto; esto es, la liquidación de los intereses de mora, independientemente de la fecha en la que se emita la respectiva sentencia que imponga al departamento la obligación de cancelar una cantidad líquida de dinero, se debe realizar con fundamento en su artículo 177, aplicando las reglas que para su interpretación esgrimió la Corte Constitucional en Sentencia C-188 de 1999, providencia a la cual se hizo referencia en este escrito.

La anterior interpretación, a más de ser la que en derecho se entiende más ajustada a la finalidad que buscaba la norma de transición, se hace con la consideración adicional de que el acto administrativo por el cual se hace efectivo lo ordenado en la respectiva providencia es un mero acto de ejecución, tal y como lo estableció el Consejo de Estado, y, por ende, su causa eficiente es el proceso contencioso en virtud del cual se condena a la entidad estatal; consecuencia de ello es que no puede sustraerse este de la aplicación del régimen de transición establecido en el ya tantas veces mencionado artículo 308 del CPACA.

Intereses moratorios en contratos estatales

Tema de consulta

El presente concepto jurídico se origina en la consulta formulada por el director de Ejecuciones Fiscales del departamento de Cundinamarca,

1. Código Civil, artículo 27.

mediante el oficio enunciado en el asunto, en el cual manifiesta que a la Dirección citada allegaron liquidaciones unilaterales de contratos suscritos durante las vigencias de 1997 y 1998, debidamente ejecutoriadas, correspondientes al régimen subsidiado en salud de Cundinamarca, y que no ha sido posible su devolución o pago, por lo que la mencionada Secretaría remitió los actos para ser cobrados. El consultante hace la siguiente exposición, así:

“[...] Colorario de lo anterior, el valor de los intereses moratorios causados sobre la anterior suma de dinero, será desde que la obligación se hizo exigible hasta la fecha en que se verifique el pago, liquidados como se establece en el numeral 8 del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico (capital) actualizado, es decir, los intereses aplicables serán el 12% anual sobre el valor del crédito actualizado con base en el IPC del año anterior al período por actualizar.

Siendo así, surgen los siguientes interrogantes...

Ahora bien, para poder emitir el presente documento, he tenido en cuenta los pronunciamientos efectuados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, así como por la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la misma corporación, el concepto de la Dirección de Conceptos de la Gobernación de Cundinamarca, así como por la Dirección de Defensa de la Alcaldía Mayor de Bogotá, concluyendo que:

a) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPA-CA y cuya sentencia también se dictó antes, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al artículo 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia.

[...]

b) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPA-CA y cuya sentencia se dictó después, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al artículo 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición del artículo 308 de este.

c) Los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del CPACA y desde luego la sentencia se dicta conforme al mismo, causan intereses de mora conforme al artículo 195 del CPACA [...].”

Los interrogantes formulados se absolverán al final del presente concepto.

Normativa

La Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en su artículo 4º, estableció los derechos y deberes de las entidades estatales; respecto de los intereses moratorios determinó:

“[...] Artículo 4º. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y **pactarán intereses moratorios**.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, **en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado**.

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.4.2 del Decreto Nacional 1082 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, en su tenor literal, establece:

“[...] **Artículo 2.2.1.1.2.4.2. De la determinación de los intereses moratorios.** Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8, de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos [...]”.

La Ordenanza 216 de 2014², en su artículo 554, señaló lo siguiente:

2. Por la cual se expide el Estatuto de Rentas del departamento de Cundinamarca, se conceden unas facultades al gobernador del departamento y se dictan otras disposiciones.

“[...] **Artículo 554. Facilidades para el pago.** La Administración Tributaria Departamental mediante acto administrativo podrá conceder facilidades para el pago al deudor o a un tercero a su nombre, hasta por cinco (5) años, para el pago de los impuestos que administre el departamento, así como para la cancelación de los intereses y demás sanciones a que haya lugar, siempre que el deudor o un tercero a su nombre, constituya fideicomiso de garantía, ofrezca bienes para su embargo y secuestro, garantías personales, reales, bancarias o de compañías de seguros, o cualquiera otra garantía que respalde suficientemente la deuda a satisfacción de la Administración. Se podrán aceptar garantías personales de acuerdo con lo que establezca el reglamento interno de cartera.

Igualmente podrán concederse plazos sin garantías, cuando el término no sea superior a un año y el deudor denuncie bienes para su posterior embargo y secuestro.

En casos especiales y solamente bajo la competencia de la Administración Tributaria Departamental, podrá concederse un plazo adicional de dos (2) años, al establecido en el inciso primero de este artículo.

Parágrafo. Cuando el respectivo deudor haya celebrado un acuerdo de reestructuración de su deuda con establecimientos financieros, de conformidad con la reglamentación expedida para el efecto por la Superintendencia Financiera, y el monto de la deuda reestructurada represente no menos del cincuenta por ciento (50%) del pasivo del deudor, la Administración Tributaria Departamental, podrán mediante resolución conceder facilidades para el pago con garantías diferentes, tasas de interés inferiores y plazo para el pago superior a los establecidos en el presente artículo, siempre y cuando se cumplan la totalidad de las siguientes condiciones:

1. En ningún caso el plazo para el pago de las obligaciones fiscales podrá ser superior al plazo más corto pactado en el acuerdo de reestructuración con entidades financieras para el pago de cualquiera de dichos acreedores.
2. Las garantías que se otorguen al departamento serán iguales o equivalentes a las que se hayan establecido de manera general para los acreedores financieros en el respectivo acuerdo.
3. Los intereses que se causen por el plazo otorgado en el acuerdo de pago para las obligaciones fiscales susceptibles de negociación se liquidarán a la tasa que se haya pactado en el acuerdo de reestructuración con las entidades financieras, observando las siguientes reglas:

a) En ningún caso la tasa de interés efectiva de las obligaciones fiscales podrá ser inferior a la tasa de interés efectiva más alta pactada a favor de cualquiera de los otros acreedores.

b) La tasa de interés de las obligaciones fiscales que se pacte en acuerdo de pago, no podrá ser inferior al índice de precios al consumidor certificado por el DANE incrementado en el cincuenta por ciento (50%) (...)."

En la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Estatal (Secop), sección "Síntesis normativa y jurisprudencia en contratación", del documento denominado "Etapa postcontractual - CCE"³, se extracta la parte pertinente relativa al tema consultado, así:

"[...] **6. Incumplimiento de lo pactado en el acta de liquidación**

6.1. Intereses de mora. Una entidad debe pagar intereses de mora a un contratista por el incumplimiento en el pago de un saldo reconocido en el acto de liquidación de un contrato, porque la obligación principal de la Administración para con el contratista es la de pagarle oportunamente el valor de las obras ejecutadas o de los servicios prestados. De ahí que si la Administración incumple con esta obligación deba reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, los cuales se presumen y en cuanto se refieren a deber una suma líquida de dinero se traducen en el pago de intereses moratorios.

Ahora bien, el interés de mora que debe liquidarse por el no pago del capital debido es el fijado por el artículo 884 del C. de Co, esto es, el doble del bancario corriente, en razón a que la actividad de la demandante es comercial. Sin embargo, no es esa legislación la que se aplica cuando el contrato estatal guardó silencio sobre la tasa de interés moratorio, ya que en esa situación la normatividad aplicable es la fijada en la Ley 80 de 1993 [...]."

El artículo 884 del Código de Comercio, respecto de la forma de calcular los intereses, determinó:

"[...] Artículo 884. Límite de intereses y sanción por exceso. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes

3. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12250>

no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria [...]”.

Por su parte, el artículo 1617 del Código Civil regula el tema de los intereses en los siguientes términos:

“[...] Artículo 1617. Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3) Los intereses atrasados no producen interés.

4) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas [...]”.

Jurisprudencia

Mediante sentencia, el Consejo de Estado⁴ indicó lo siguiente:

“[...] No admite discusión que la obligación principal de la Administración para con el contratista es la de pagarle oportunamente el valor de las obras ejecutadas o de los servicios prestados.

4. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P.: Ricardo Hoyos Duque, de fecha 17 de mayo de 2001, Radicación 44001-23-31-000-1995-0503-01(13635).

De ahí que si la Administración incumple con esta obligación deba reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, los cuales se presumen y en cuanto se refieren a deber una suma líquida de dinero se traducen en el pago de intereses moratorios. En consecuencia, siguiendo el criterio sentado por la Sala en la sentencia del 28 de octubre de 1994, Expediente 8092, debe aplicarse el sistema de intereses señalado por la Ley 80 de 1993 en el artículo 4º, ordinal 8.

Resulta importante señalar que hasta la expedición de la Ley 80 de 1993, la tendencia había sido la de no pactar ninguna tasa de interés moratorio. [...]. Así mismo, no existía un criterio unánime sobre la tasa que debía convenirse o si la Administración estaba obligada a pagarlos a falta de convenio, e indistintamente se utilizaba la tasa legal civil cuando no la comercial en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y algunas veces concurrían con la corrección monetaria o la actualización. [...].

[...].

El artículo 4º, ordinal 8, de la Ley 80 de 1993, en relación con los intereses moratorios en la contratación estatal, de una parte, dio libertad a los contratantes de escoger la tasa y, de la otra, señaló la que se aplicaría ante el silencio sobre ella. El artículo 1º del Decreto 679 de 1994 reglamentó este artículo. En este orden de ideas, es perfectamente posible que las partes de un contrato estatal pacten un interés moratorio superior o inferior al 12% anual, como nada impide que pacten una tasa igual o inferior al interés bancario corriente y como interés de mora el doble de éste, mientras se ajusten a las previsiones comerciales y penales, esto es, sin incurrir en el interés de usura (art. 111, Ley 510 de 1999). Pero ante la ausencia de ese pacto, no será el artículo 884 del C. de Co. el aplicable sino el artículo 4º, ordinal 8, de la Ley 80 de 1993, es decir, el 12% anual sobre el valor histórico actualizado. La jurisprudencia ha sido prolija en señalar que no concurren la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, ya que la tasa de interés comercial lleva en su seno la corrección monetaria; pero sí puede concurrir la actualización cuando se condena al pago del interés legal civil (6% anual artículo 1617, CC). [...].”

En otra sentencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁵ sostuvo:

5. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P.: Ricardo Hoyos Duque, en sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicación: 25000-23-26-000-1993-8674-01(14112).

“[...] **Los perjuicios que puede reclamar el acreedor al deudor por el incumplimiento de una obligación dineraria:** el acreedor insatisfecho está legitimado para demandar judicialmente la indemnización por el incumplimiento del deudor, cuando tal incumplimiento le irroge daño y pueda probarlo. El deudor, por su parte, está obligado a indemnizar los perjuicios reclamados de acuerdo a la naturaleza de los mismos y la vinculación causal de su incumplimiento con el daño experimentado por el acreedor. Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso. En otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza. El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación y en estos términos, dicha responsabilidad contractual comprende las dos modalidades de daño previstas en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil: daño emergente y lucro cesante. Cuando la administración pública incumple sus obligaciones, es responsable de los perjuicios que cause al contratista que sí cumplió con las suyas, con fundamento en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, según el cual ‘las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas’, eventos en los que ‘deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista’. De ahí que en materia de responsabilidad contractual de la administración pública, el contratista tiene derecho a que la Administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante).

[...]

Contrato estatal - Liquidación de intereses moratorios / Intereses moratorios - Liquidación en los contratos estatales, de conformidad con el acuerdo de las partes o en su defecto de acuerdo con el ordinal 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994

Desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en la contratación estatal la tasa del interés de mora aplicable, a falta de estipulación por las partes de una tasa de interés diferente, es la que establece el ordinal 8 del artículo 4º –el

doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado–, liquidado de acuerdo con las pautas señaladas por el artículo 1° del Decreto 679 de 1994. Sistema que la ley adecuó a la institución de la responsabilidad contractual para ofrecerle al contratista una indemnización por el daño sufrido y restablecer la equivalencia económica del contrato, dejando de lado la aplicación de las tasas comerciales establecidas por el artículo 884 del Código de Comercio [...]”.

Conclusiones

Lo primero es decir que la consulta efectuada por el director de Ejecuciones Fiscales del departamento tiene su génesis en una serie de contratos tripartitos suscritos entre la Secretaría de Salud, varios municipios del departamento y la EPS Convida, los cuales ya se encuentran liquidados.

A continuación, se absuelve cada uno de los interrogantes formulados por el consultante, en el mismo orden en que fueron planteados:

- **¿Es posible cobrar interés de mora cuando en el título ejecutivo y en el mandamiento de pago no quedó señalado?**

Se responde: el numeral 8 del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 en forma preteritoria exhorta a las entidades del Estado a adoptar las medidas necesarias para mantener en la ejecución de los contratos las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de presentar ofertas o propuestas; para lo anterior, ordena utilizar mecanismos de ajuste y revisión de precios, y la obligatoriedad de pactar intereses moratorios.

De lo anterior, se desprende la obligatoriedad de hacer efectivos los intereses, a pesar de no haber sido pactados o establecidos inicialmente, para lo cual el precitado artículo en su inciso 2 establece la fórmula para determinar esos intereses, los cuales corresponden al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

- **¿Qué interés moratorio se aplicaría dentro de los procesos administrativos coactivos para obligaciones no tributarias?**

Se responde: tal y como se manifestó en la respuesta anterior, en tratándose de obligaciones surgidas en virtud de una relación contractual en la cual

no se pactó la tasa del interés moratorio, se debe dar aplicación a la fórmula establecida en el inciso 2 del numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

- ***¿Es requisito sine qua non dejar establecido en el acto administrativo el interés de mora a cobrar, así no se haya determinado en el título ejecutivo?***

Se responde: no es un requisito de validez del acto administrativo el establecer la tasa del interés moratorio, toda vez que existe norma supletoria al respecto, tal y como se indicó en las respuestas anteriores.

- ***¿Es procedente la exoneración o condonación de intereses cuyo origen sean saldos pendientes de cancelar por parte del contratista?, ¿cuál sería el fundamento legal?***

Se responde: no es procedente exonerar del pago o condonar intereses, por cuanto en el ordenamiento jurídico vigente no existe norma que así lo permita; todo lo contrario, de la lectura de la normativa previamente citada, se desprende la clara intención del legislador de establecer el cobro de los intereses moratorios en caso de retardo en el pago de una obligación dineraria, para lo cual determina las tasas aplicables según la naturaleza (civil o comercial) de las partes intervinientes en el negocio jurídico o según la causa eficiente (contractual, tributaria, etc.) de la obligación.

Es importante resaltar que, en tratándose de este tipo de obligaciones, en las cuales las sumas debidas son recursos públicos, no se permite su libre disposición, como así puede hacerlo el particular con su recurso propio. Es evidente la conminación proveniente de la ley para que los funcionarios públicos protejan y conserven el erario público, para lo cual se definen claramente las tasas de interés moratorio aplicable según sea el caso y, por ende, como ya se ha afirmado, la necesidad de cobrar este tipo de intereses.

- ***¿Es procedente suscribir una facilidad de pago sin tener en cuenta los intereses de mora generados hasta el momento de materialización de la facilidad?***

Se responde: acorde con la respuesta anterior, no es viable la condonación y/o exoneración de los intereses generados en virtud de la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

- ***¿Para la suscripción de los acuerdos de pago de que trata el numeral 3 del artículo 2º de la Ley 1066 de 2006 se puede aplicar como intereses remuneratorios para el financiamiento de la deuda el interés legal de que trata el artículo 1617 del CC?***

Se responde: es preciso tener en cuenta que los intereses remuneratorios son aquellos causados “[...] por un crédito de capital durante el plazo que se le ha otorgado al deudor para pagarlo [...]”⁶. En el caso que nos ocupa, no se trata de una obligación generada por un tributo, sino el resultado de unos intereses adeudados al departamento de Cundinamarca por concepto de una relación contractual dentro de un proceso coactivo, motivo por el cual, para la determinación de este tipo de interés, se sugiere aplicar el siguiente criterio:

- a) En el evento de que alguna de las partes del contrato tenga naturaleza de comerciante⁷, se aplicará la tasa de interés establecida en el artículo 884 del Código de Comercio⁸, el cual señaló: “[...] Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente [...]”.
- b) Si ninguna de las partes del contrato tiene la calidad de comerciante, se aplicará la tasa de interés establecida en el artículo 1617 del Código Civil.

6. Sentencia de fecha 3 de diciembre de 1975, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia.

7. Código de Comercio: “Artículo 10. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”.

8. Código de Comercio. “Artículo 1º. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

Aplicación de la Ley 1821 de 2016 - Edad de retiro forzoso voluntario

Tema de consulta

El presente concepto jurídico se origina en la consulta formulada por la directora de Talento Humano de la Secretaría de la Función Pública del departamento de Cundinamarca, mediante el oficio enunciado en el asunto, en el cual manifiesta: “[...] Con la entrada en vigencia de la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016, ‘por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas’, han surgido diversas dudas, algunas de las cuales es preciso resolver a través de su Secretaría, con el fin de establecer unidad de criterio jurídico en la aplicación de la normatividad y la expedición de actos administrativos que competan a los diferentes niveles de la administración departamental...”.

Los interrogantes formulados se resolverán al final del presente escrito.

Normativa

El Congreso de la República expidió la Ley 1821 de fecha 30 de diciembre de 2016⁹, corregida mediante Decreto 321 de fecha 28 de febrero de 2017¹⁰, cuyo articulado se transcribe a continuación:

“[...] **Artículo 1º.** La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968.

9. “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”.

10. Por el cual se corrigen unos yerros en la Ley 1821 de 2016, “por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”.

Artículo 2º. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Artículo 3º. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.

Artículo 4º. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968, y en los decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3) [...].”

El párrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales”, establece:

“[...] Artículo 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

[...]

Parágrafo 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reco-

nocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. [...]” .

Jurisprudencia

La Corte Constitucional, en Sentencia T-718 de fecha 16 de septiembre de 2014, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa, estableció:

“[...] La causal de desvinculación de un servidor público por haber cumplido la edad de retiro forzoso debe aplicarse en armonía con la Constitución. Al momento de invocarla como motivo del retiro, la entidad pública respectiva debe considerar las condiciones particulares de cada persona para evitar que la desvinculación del adulto mayor implique un perjuicio a sus derechos fundamentales, especialmente su derecho al mínimo vital. Para ello, debe evaluar, entre otras circunstancias, la situación pensional de la persona interesada y que la ausencia de un ingreso regular no la someta a un estado de precariedad relevante [...]”.

Más adelante, en la misma providencia la Corte aseveró:

“[...] No se considera razonable desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se ha logrado garantizar su mínimo vital, ya sea a través de alguna de las prestaciones que para el efecto dispone el sistema de seguridad social, o mediante cualquier otro beneficio dirigido a proveer los recursos suficientes para satisfacer las necesidades básicas de la población de la tercera edad.

La obligación de aplicar de manera razonable las reglas sobre retiro forzoso, valorando las circunstancias especiales de cada caso, no solo emanan de la jurisprudencia, sino también de los mandatos constitucionales de protección especial a las personas que en razón de su edad han visto reducidas sus capacidades para procurarse una vida en condiciones dignas (art.

46, C.P.). Esta protección constitucional no es meramente retórica. Por el contrario, tiene un contenido material específico, y se traduce en casos de personas que son desvinculadas de sus cargos por haber cumplido la edad de retiro forzoso, en la posibilidad de que el juez constitucional las reintegre si es que considera que su derecho al mínimo vital se vulneró [...]”.

Conclusiones

La Ley 1821 de 2016, corregida mediante Decreto 321 de 2017, es clara al establecer que esta no se aplicará a los funcionarios de elección popular, ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto-Ley 3074 de 1968.

A contrario sensu, los funcionarios a los que le es aplicable la ley y que se acojan al beneficio establecido en ella serán retirados del servicio sin posibilidad de reintegro, una vez hayan cumplido los 70 años de edad.

Por otra parte, respecto del momento de retiro forzoso del servicio de un funcionario, es menester tener en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional aquí citada, en la cual se establecen aspectos fundamentales como lo es el mínimo vital, el cual debe ser garantizado a fin de evitar la afectación de la estabilidad económica, laboral y social de este.

Así mismo, es necesario considerar que la Ley 1821 no modificó la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación, ni el régimen de acceso, permanencia o retiro de cargos públicos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso, permitiendo que los funcionarios puedan permanecer en sus cargos hasta la edad de 70 años.

A continuación se absuelven los interrogantes formulados por la consultante, así:

1. ¿Existe o se tiene previsto algún procedimiento especial para que el funcionario público pueda acceder al beneficio de esta ley?

Se responde: a la fecha, no se tiene conocimiento de regulación diferente a la ya mencionada en el presente documento; no obstante, es pre-

ciso aclarar que al establecer el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 que la opción de permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso es voluntaria, es lógico inferir que debe existir esa manifestación expresa por parte del beneficiario de la norma, la cual debe ser puesta en conocimiento de la entidad pública contratante.

Para lo anterior, las entidades públicas deben adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar a sus funcionarios el conocimiento y ejercicio de ese derecho.

2. *¿Existe algún período para que el funcionario solicite el beneficio de esta ley?*

Se responde: al respecto se debe precisar que, si bien la ley no estableció procedimiento ni término exacto para que el empleado pueda acogerse a la edad de retiro forzoso de 70 años, es pertinente considerar que la fecha límite para que el servidor pueda manifestar su voluntad en forma expresa de acceder a ella vencerá en el momento en que el acto administrativo mediante el cual se reconoció su derecho a la pensión quede debidamente ejecutoriado, esto es, cuando no procedan recursos en contra de este.

3. *¿Es necesaria la manifestación expresa del funcionario beneficiario de esta ley o la Administración puede darle aplicación sin solicitud alguna?*

Se responde: la interpretación lógica que se le debe dar a la expresión “A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo”, del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, es la de requerir que el funcionario manifieste en forma expresa a la Administración su voluntad de acogerse a la citada ley, teniendo como único inconveniente para el ejercicio del derecho el ya haber quedado debidamente ejecutoriado el acto administrativo mediante el cual se reconoció su derecho a la pensión de jubilación. Por lo tanto, las entidades estatales no están facultadas para aplicar los efectos de la ley de forma oficiosa.

4. *¿En qué casos o bajo cuáles circunstancias es posible rechazar la solicitud por parte de la Administración para que el funcionario pueda acogerse a esta ley?*

Se responde: al tenor de la norma en comento, se puede afirmar que esta no contempla circunstancia alguna que autorice el rechazo por parte de la Administración de la manifestación realizada por el servidor público en el sentido de acogerse al retiro voluntario del servicio en los términos establecidos en la Ley 1821 de 2016; no obstante, en armonía con lo ya expresado en respuestas anteriores, en el evento en que haya quedado debidamente ejecutoriado el acto mediante el cual se reconoció su derecho a la pensión de jubilación, no sería viable para la Administración el autorizar al funcionario para que pueda continuar prestando sus servicios hasta la edad de retiro forzoso de 70 años.

5. *En aplicación de la mencionada ley, ¿qué puede suceder con los funcionarios que actualmente tienen adquirida la condición de prepensionados?*

Se responde: la definición del término “prepensionado” fue acuñada por la Corte Constitucional, la cual en Sentencia C-795 de 2009¹¹, estableció que prepensionado es aquel “servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

El alcance de la protección constitucional a que tienen derecho los denominados prepensionados fue definido mediante providencia de fecha 10 de abril del año 2012¹², en la cual la Corte Constitucional afirmó:

“[...] debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensio-

11. Sentencia de fecha 4 de noviembre. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

12. Sentencia T-186. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

nados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la administración pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo...”.

Teniendo en cuenta los anteriores criterios jurisprudenciales, es preciso afirmar que, en tratándose de prepensionados, les es aplicable el beneficio establecido en la Ley 1821 de 2016, toda vez que es claro que esos servidores aún no han adquirido la condición de pensionados, único inconveniente para la aplicación de ese estatuto.

6. Al tenor del párrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, referido en el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, los funcionarios que, a pesar de presentar renuncia a su cargo en razón a su eventual pensión, la cual le fue aceptada, poseen resolución de reconocimiento pensional por parte de la administradora del fondo de pensiones, pero aún se encuentran en ejercicio de funciones públicas esperando ser incluidos en la nómina de pensionados, ¿tienen derecho a acogerse a la nueva ley?

Se responde: para contestar de fondo a esta inquietud, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) Por una parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1037 de 2003¹³, indicó lo siguiente:

“[...] La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la ‘efectividad de los derechos’, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la ‘remuneración vital’ que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas [sic] de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su estatus de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2º y 5º). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión [...]”.

- b) No obstante lo expuesto en el literal a) de esta respuesta, y tal y como ya se afirmó en respuestas anteriores, en el evento de que el servidor público cuente con la resolución de reconocimiento de pensión debidamente ejecutoriada, y esté solamente a la espera de ser incluido en la nómina de pensionados de la entidad, ya no les es dable el acogerse al beneficio

13 . C-1037/03, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 5 de noviembre de 2003

contemplado en la Ley 1821 de 2016; lo anterior teniendo en cuenta que la inclusión en la respectiva nómina es un trámite administrativo del cual depende el retiro del empleado, mas no su derecho a obtener su pensión de jubilación, el cual para ese momento ya se encuentra configurado.

En todo caso, es del caso aclarar que, tal y como ya se ha manifestado a lo largo de este escrito, si el acto administrativo que reconoce la pensión de jubilación al servidor público no se encuentra debidamente ejecutoriado, este podrá acogerse a la edad de retiro forzoso establecida en la ya tantas veces mencionada Ley 1821 de 2016.

Ahora bien, en la hipótesis de que el trabajador haya tramitado su derecho a la pensión de jubilación, pero no ha sido ejecutoriado el acto que la reconoce, él podrá optar por acogerse a la premisa consagrada en la Ley 1821 de 2016.

Por último, y al margen del presente concepto, como corolario de lo anteriormente expuesto, y con el fin de proteger los principios constitucionales y los derechos laborales de los servidores públicos del departamento, se sugiere a la Administración el adoptar los mecanismos necesarios para efectuar la divulgación del contenido de la ley, indicando sus bondades, prevenciones y algunas dinámicas y procedimientos tendientes a hacer efectivo el acogimiento voluntario a sus prescripciones.

Recursos estampilla - adulto mayor

Tema de consulta

El presente concepto jurídico se origina en la consulta formulada por la jefe de la Unidad de Programas Sociales de la Alcaldía Municipal de La Calera (Cundinamarca), en el cual indaga sobre lo siguiente: “[...] con el recaudo que se realiza para la estampilla municipal que fue aprobada según Acuerdo Municipal 15 de 2015 del 19 de diciembre de 2015, se puede invertir en infraestructura y dotación al centro día [...]”.

Normatividad

La Ley 1276 del 5 de enero de 2009, “a través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”, determina:

“[...] Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto la protección a las personas de la tercera edad (o adultos mayores) de los niveles I y II del Sisbén, a través de los centros vida, como instituciones que contribuyen a brindarles una atención integral a sus necesidades y mejorar su calidad de vida.

Artículo 2°. Alcances. La presente ley aplica en todo el territorio nacional; en las entidades territoriales de cualquier nivel, que a la fecha hayan implementado el cobro de la estampilla y estén desarrollando programas que brinden los servicios señalados en la presente ley. Los recursos adicionales generados en virtud de esta ley, serán aplicados a los programas de adulto mayor, en los porcentajes aquí establecidos.

Artículo 3°. Modifícase el artículo 1° de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así: Autorízase a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales para emitir una estampilla, la cual se llamará Estampilla para el Bienestar del Adulto Mayor, **como recurso de obligatorio recaudo para contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los centros de bienestar del anciano y centros de vida para la tercera edad, en cada una de sus respectivas entidades territoriales.** El producto de dichos recursos se destinará, como mínimo, en un 70% para la financiación de los centros vida, de acuerdo con las definiciones de la presente ley; y el 30% restante, a la dotación y funcionamiento de los centros de bienestar del anciano, sin perjuicio de los recursos adicionales que puedan gestionarse a través del sector privado y la cooperación internacional.

Parágrafo. El recaudo de la estampilla de cada administración departamental se distribuirá en los distritos y municipios de su jurisdicción en proporción directa al número de adultos mayores de los niveles I y II del Sisbén que se atiendan en los centros vida y en los centros de bienestar del anciano en los entes distritales o municipales.

[...]

Artículo 5°. Modifícase el artículo 4° de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así: **El recaudo de la estampilla será aplicado, en su totalidad, a la dotación y funcionamiento de los centros de bienestar del anciano y de los centros vida para la tercera edad**, en su respectiva jurisdicción, de acuerdo con las definiciones de la presente ley.

[...]

Artículo 7°. Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones:

a) Centro vida al conjunto de proyectos, procedimientos, protocolos e infraestructura física, técnica y administrativa orientada a brindar una atención integral, durante el día, a los adultos mayores, haciendo una contribución que impacte en su calidad de vida y bienestar;

b) Adulto mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;

c) Atención integral. Se entiende como atención integral al adulto mayor al conjunto de servicios que se ofrecen al adulto mayor, en el centro vida, orientados a garantizarle la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, interacción social, deporte, cultura, recreación y actividades productivas, como mínimo;

d) Atención primaria al adulto mayor. Conjunto de protocolos y servicios que se ofrecen al adulto mayor, en un centro vida, para garantizar la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y su remisión oportuna a los servicios de salud para su atención temprana y rehabilitación, cuando sea el caso. El proyecto de atención primaria hará parte de los servicios que ofrece el centro vida, sin perjuicio de que estas personas puedan tener acceso a los programas de este tipo que ofrezcan los aseguradores del sistema de salud vigente en Colombia.

e) Geriátrica. Especialidad médica que se encarga del estudio terapéutico, clínico, social y preventivo de la salud y de la enfermedad de los ancianos.

f) Gerontólogo. Profesional de la salud, titulado de instituciones de educación superior debidamente acreditadas para esta área específica del cono-

cimiento, que interviene en el proceso de envejecimiento y vejez del ser humano como individuo y como colectividad, desde una perspectiva integral, con el objetivo de humanizar y dignificar la calidad de vida de la población adulta mayor.

g) Gerontología. Ciencia interdisciplinaria que estudia el envejecimiento y la vejez teniendo en cuenta los aspectos biopsicosociales (psicológicos, biológicos, sociales) [...]”.

Jurisprudencia

La Corte Constitucional, en Sentencia C-503 del 16 de julio de 2014, Expediente: D-9955, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló:

“[...] Correspondió a la Sala determinar si el artículo 3° de la Ley 1276 de 2009 contenía una medida regresiva en la garantía y goce de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de la tercera edad. El ciudadano demandante consideraba que el cambio de distribución de los recursos de la estampilla para el bienestar del adulto mayor, asignándose un mayor porcentaje a los centros vida frente a los centros de bienestar del adulto mayor, no era acorde con las funciones asignadas a cada uno de ellos. De igual manera, se estudió si el referido cambio normativo generaba un desconocimiento del derecho a la igualdad, consecuencia del establecer una distribución de los recursos de la estampilla más favorable para los centros vida que para los centros de bienestar.

Para resolver el problema jurídico, la corporación señaló que la atención integral a la vejez no es asunto exclusivo del ámbito doméstico, sino por el contrario, es un deber también a cargo del Estado colombiano. Es por ello que debe existir una política pública de cuidado de la ancianidad que las garantice el goce efectivo de sus derechos, así como su integración a la sociedad.

La corporación consideró que, contrario a lo señalado por el ciudadano, el artículo 3° de la Ley 1276 de 2009 no restringe sino que amplía la protección a las personas de la tercera edad, y por tanto, no puede predicarse su naturaleza regresiva. En efecto, el legislador buscó con la expedición de la Ley 1276 de 2009: (i) adoptar un nuevo esquema de atención al adulto mayor no circunscrito a la satisfacción básicas de sus necesidades, sino bajo un concepto de cuidado integral de la vejez, a través de los denominados

centros vida, (ii) prestar dicha atención integral no solamente a las personas de la tercera edad sin sitio de habitación, sino a la población adulta de los estratos vulnerables clasificados en el nivel I y II del Sisbén y otros según su capacidad de pago y (iii) establecer en todos los municipios la estampilla pro anciano, para fortalecer las fuentes de financiación del cuidado de la vejez, por cuanto algunas entidades territoriales no la habían adoptado.

De otra parte, se dijo que la distinción hecha por el legislador se encuentra justificada en las nuevas funciones asignadas a los llamados centros vida, y al número de potenciales beneficiarios, es razonable y proporcionada.

Sin embargo, la Sala sostuvo que la existencia de los centros vida no puede implicar una desatención o desfinanciación de los servicios de alojamiento y demás cuidados de la población mayor indigente, en extrema pobreza y sin sitio de habitación. De igual manera, cabe señalar que, no obstante se encontró que las medidas legislativas adoptadas por el artículo 3° de la Ley 1276 de 2009 no son regresivas, ello no impide que un adulto mayor que encuentre vulnerados o restringidos sus derechos fundamentales frente a situación particular, por ejemplo, en relación con el derecho al alojamiento de los ancianos indigentes, pueda interponer las acciones constitucionales pertinentes, dentro de las que se encuentran, claro está, la acción de tutela como mecanismo de control concreto de constitucionalidad”.

En documento denominado, “Orientaciones a las entidades territoriales para la aplicación de la Ley 1276 de 2009 y normas complementarias sobre Estampilla para el Bienestar del Adulto Mayor”¹⁴, la jefe de la Oficina de Promoción Social del Ministerio de Salud y Protección Social indicó:

“[...] 2. **Centros día o vida para persona mayor.** Esta modalidad de centro prevista en la Ley 1276 de 2009 es la misma denominada **centros día** citada por la Ley 1251 de 2008, en su artículo 3° al precisar que ‘son instituciones destinadas al cuidado, bienestar integral y asistencia social de los adultos mayores que prestan sus servicios en horas diurnas’, y que la Ley 1276 de 2009 define como ‘conjunto de proyectos, procedimientos, protocolos e infraestructura física, técnica y administrativa orientada a brindar una

14. <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Alcances%20de%20la%20Ley%201276%20de%202009.pdf>

atención integral, durante el día, a los adultos mayores, haciendo una contribución que impacte en su calidad de vida y bienestar’.

[...]

B. Destinación de los recursos de la estampilla:

La totalidad de los recursos recaudados en el nivel departamental, distrital y municipal para asignar a los centros de atención están orientados al funcionamiento y dotación de los programas de atención integral. A estos aspectos circunscribió el artículo 5° de la ley la utilización de los recursos y debe entenderse que por ser esta norma posterior en el articulado del texto legal, prima sobre el artículo 1° que mencionó la posibilidad de orientar recursos para la construcción de los centros. El sentido de la precisión del artículo 5° es priorizar la utilización de los recursos para la atención a las personas mayores, de forma que se garantice la atención integral a sus necesidades y mejora en su calidad de vida.

Lo anterior implica que para construcción se debe acudir a las demás fuentes de recursos mencionados en los artículos 3° y 13, es decir, los recursos propios de la entidad territorial, los que gestione con la cooperación internacional o el sector privado y los provenientes de la destinación de propósito general de que trata la Ley 715 de 2001.

En relación con las instituciones privadas, acorde con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, **están prohibidos los auxilios o donaciones con recursos de carácter público**. La relación que se establece entre el distrito o municipio y las entidades privadas sin ánimo de lucro, prestadoras de servicios de atención a personas mayores, debe surgir de cumplimiento de un convenio orientado a garantizar los servicios de protección social integral a las personas mayores que se encuentren en situación de indigencia o vulnerabilidad, las cuales no pueden ser atendidas directamente por el municipio en cumplimiento de su función de asistencia social.

El artículo 7° de la Ley 687 de 2001, que no fue modificado por la Ley 1276 de 2009, sobre este particular dice: ‘Artículo 7°. Las entidades territoriales autorizadas por las asambleas departamentales, concejos distritales y municipales que adopten la estampilla y recauden los fondos provenientes de los actos que se lleguen a gravar, podrán suscribir convenios con entidades de naturaleza privada, sin ánimo de lucro, que desarrollen en su objeto y finalidad, actividades encaminadas a protección y asistencia de las personas de la tercera edad’.

Así pues, los distritos y municipios no pueden destinar recursos para construcción, dotación o mantenimiento de centros privados, pues incurrirán en la figura de auxilio o donación expresamente prohibida, toda vez que sus recursos deben ir directamente a atender a las personas mayores en situación de abandono o vulnerabilidad [...]”.

Conclusión

A partir de la expedición de la Ley 48 de 1986, se establece la destinación de la estampilla pro construcción, dotación y funcionamiento de los centros de bienestar del anciano, legislación que presenta dos modificaciones, las cuales se encuentran contenidas en las leyes 687 de 2001 y 1276 de 2009, citadas previamente.

El artículo 7° de la Ley 1276 de 2009 definió el concepto de centro vida como el “conjunto de proyectos, procedimientos, protocolos e infraestructura física, técnica y administrativa orientada a brindar una atención integral, durante el día, a los adultos mayores, haciendo una contribución que impacte en su calidad de vida y bienestar”.

Ahora bien, el artículo 3° de la Ley 1276 de 2009, modificatorio del artículo 1° de la Ley 687 de 2001, claramente señaló que el recaudo obligatorio de la estampilla para el bienestar del adulto mayor se destinaría para “contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los centros de bienestar del anciano y centros de vida para la tercera edad”.

El artículo 5° de la Ley 1276 de 2009, modificatorio del artículo 4° de la Ley 687 de 2001, establece que el recaudo de la estampilla “**será aplicado, en su totalidad, a la dotación y funcionamiento de los centros de bienestar del anciano y de los centros vida para la tercera edad**”.

Estando vigente la ley en cita, y cotejando el contenido de los artículos 3° y 5° de la Ley 1276 de 2009, se considera que es clara la norma al establecer que solamente se pueden invertir los recursos recaudados

por concepto de la estampilla para el bienestar del adulto mayor para la dotación y funcionamiento de los centros de bienestar del anciano y de los centros vida para la tercera edad, no así para invertirlos en infraestructura, atendiendo al tenor literal del mencionado artículo 5°.

Teniendo en cuenta lo anterior, se deben interpretar las disposiciones del Acuerdo Municipal 15 de 2015, expedido por el Concejo Municipal del municipio de La Calera, de conformidad con lo establecido en la Ley 1276 de 2009; lo anterior teniendo en cuenta que este, al desarrollar lo establecido en la ley, no puede exceder de lo contemplado en ella, toda vez que en caso de así hacerlo devendría en una posible nulidad del acuerdo municipal.

Así las cosas, se reitera que con recursos de la Estampilla para el Bienestar del Adulto Mayor no se puede invertir en infraestructura, dado que la norma vigente y aplicable a la materia (Ley 1276 de 2009) específicamente señala la destinación a los recursos recaudados en virtud de esa estampilla, la cual es para la “dotación y funcionamiento” de los centros de bienestar del anciano y de los centros vida para la tercera edad, según se anotó, lo cual no es óbice para que con recursos propios el ente territorial pueda efectuar inversiones en la infraestructura física del inmueble donde funciona el centro vida del municipio, siempre y cuando este sea de su propiedad.

Pago salario personero Fosca

Tema de consulta

Se solicita concepto jurídico en el cual se dé respuesta al siguiente planteamiento:

“[...] la Dirección Financiera de la Alcaldía Municipal de Fosca, al no recibir la resolución u orden de nómina del señor personero municipal no puede proceder al pago de su salario o si debemos realizar alguna actuación al respecto, cancelar de oficio el salario del señor personero o como él es el ordenador del gasto de su propio presupuesto debemos recibir un acto administrativo por parte de esa entidad municipal, qué actuación debe realizar la Alcaldía Municipal [...]”.

Trámite de la actuación administrativa

Una vez se asume el conocimiento de la solicitud, se verifica el cumplimiento de los requisitos del artículo 15 de la Ley 1755 de 2015, así como del proceso de gestión jurídica y el procedimiento implementado en el Sistema Integral de Gestión y Control en el aplicativo Isolución que tiene oficializado la Gobernación de Cundinamarca.

Al respecto, hubo que requerir a la administración municipal, para allegar a los documentos y antecedentes pertinentes, entre otros el requerimiento, como la respuesta del señor personero municipal respecto a las razones de su actuar al no haber allegado la nómina del mes de marzo a la Dirección Financiera de la Alcaldía Municipal de Fosca para el correspondiente pago.

Mediante correo electrónico remitido por la Alcaldía Municipal, se recibió el Oficio 01-2017-816 con radicado de fecha 12 de mayo de 2017, suscrito por el doctor Diego Guerrero Parrado, personero municipal de Fosca y dirigido al señor alcalde municipal, donde refiere y solicita que el pago de los salarios y prestaciones del personero se realice conforme al artículo 177 de la Ley 136 de 1994, con fundamento en interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que se han proferido en casos similares.

Normatividad

Los artículos 352 y 353 de la Constitución Política de Colombia, en su tenor literal, establecen:

“[...] Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, **la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo**, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Artículo 353. **Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto [...]**”.

La Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a moderar la organización y el funcionamiento de los municipios”, respecto de los salarios, prestaciones y la facultad de ordenar gasto de los personeros municipales, dispone:

“[...] **Artículo 177. Salarios, prestaciones y seguros. Los salarios y prestaciones de los personeros, como empleados de los municipios, se pagarán con cargo al presupuesto del municipio.** La asignación mensual de los personeros, será igual al cien por ciento (100%) del salario mensual aprobado por el Concejo para el alcalde.

Los personeros tendrán derecho a un seguro por muerte violenta, el cual debe ser contratado por el alcalde respectivo.

[...]

Artículo 181. Facultades de los personeros. Sin perjuicio de las funciones que les asigne la Constitución y la ley, los personeros tendrán la facultad nominadora del personal de su oficina, la función disciplinaria, la facultad de ordenar el gasto asignados a la Personería y la iniciativa en la creación, supresión y fusión de los empleos bajo su dependencia, señalarles funciones especiales y fijarles emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes [...]”.

El Decreto 111 de 1996, “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, sobre el particular preceptúa:

“[...] **Artículo 17. Programación integral.** Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes.

Parágrafo. El programa presupuestal incluye las obras complementarias que garanticen su cabal ejecución (Ley 38/89, art. 13).

[...]

Artículo 18. Especialización. Las operaciones deben referirse en cada órgano de la Administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas (Ley 38/89, art. 14; Ley 179/94, art. 55, inc. 3).

[...]

Artículo 108. Las contralorías y personerías distritales y municipales tendrán la autonomía presupuestal señalada en la Ley Orgánica del Presupuesto (Ley 225/95, art. 30).

[...]

Artículo 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano, quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica [...]”.

Conclusión

Al tenor de lo previsto en los artículos 352 y 353 de la Constitución Política, se tiene que en materia presupuestal las entidades territoriales se encuentran sujetas para el manejo de su presupuesto a los principios contenidos en la Carta Política, a las normas presupuestales que con carácter territorial han debido expedirse en armonía con lo dispuesto por el Estatuto Orgánico del Presupuesto - Decreto 111 de 1996 o por este en ausencia de estas.

Teniendo en cuenta que el presupuesto de gastos de la Personería hace parte del presupuesto municipal, en el cual este se incluye como sección u órgano presupuestal, le son aplicables las disposiciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto Municipal, que ha debido expedirse en armonía con lo establecido por el Estatuto Orgánico de Presupuesto, o, en ausencia de estatuto propio, por las normas previstas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Tal y como lo establece la Ley Orgánica del Presupuesto (Decreto 111/96, art. 108), las personerías cuentan con autonomía presupuestal; al tenor del artículo 110 de la misma disposición legal, se tiene que la facultad de ordenar el gasto recae sobre el personero municipal.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en Concepto 10235 de fecha 27 de marzo de 2012, hizo precisión respecto de la aplicación del artículo 47 del Decreto 111 de 1996 en los siguientes términos:

“[...] De acuerdo con lo establecido en el artículo 47 del Decreto 111 de 1996 - Estatuto Orgánico del Presupuesto, corresponde al ejecutivo preparar anualmente el proyecto de presupuesto general con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto. El ejecutivo tendrá en cuenta la disponibilidad de los recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto.

En aplicación del principio de especialización contenido en el artículo 18 del Decreto 111 de 1996, los gastos de las entidades territoriales

deben apropiarse en la sección presupuestal donde se generen y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programados.

Así las cosas, en los anteproyectos de presupuesto que debe elaborar anualmente el personero municipal deben considerarse las apropiaciones necesarias para garantizar el pago del gasto funcionamiento de esa sección presupuestal, incluyendo la autorización de gasto para cancelar las cesantías de los servidores públicos vinculados a esa entidad, con régimen de retroactividad, toda vez que las obligaciones originadas en una sección presupuestal deberán ser atendidas con cargo a los recursos de su presupuesto de gastos [...].”

Del estudio de la normatividad previamente citada, así como del concepto emitido por la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es lógico concluir que, al ser el personero municipal el ordenador del gasto en lo que respecta al presupuesto de la Personería, se hace necesario que este emita el acto administrativo respectivo en el cual “ordene” los pagos correspondientes conforme a lo establecido en el presupuesto aprobado para la respectiva vigencia fiscal, toda vez que, sin la precitada instrucción, no le es dable al municipio el realizar giro o pago alguno, dado que, como ya se ha afirmado, las personerías municipales gozan de autonomía presupuestal y, por lo tanto, no puede el funcionario competente en el municipio de oficio efectuar el giro o pago correspondiente.

Informes de gestión del alcalde municipal al Concejo

Tema de consulta

Se solicita concepto jurídico en el cual la Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos se pronuncie sobre las siguientes inquietudes:

“[...] En cumplimiento del numeral 8 del artículo 315 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el numeral 4 del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, el señor alcalde debe presentar informe general de su administración ante el Concejo en la primera sesión ordinaria de cada año. La inquietud va orientada a si además de presentar el susodicho informe DEBE asistir en sesión plenaria cuando el Concejo lo requiera a rendir su

informe de gestión de MANERA VERBAL o por el contrario es facultativo del señor alcalde asistir o no al Concejo Municipal, todo esto en relación con el numeral 2 del artículo 18...

[..]

La segunda inquietud va orientada a si es posible al citar a cualquier funcionario de la administración municipal para que rinda información acerca de casos concretos ‘sin que medie un cuestionario de por medio presentado con antelación’, es decir, si pueden los concejales requerirlo a través de preguntas genéricas acerca de funciones propias de su cargo o gestiones relativas a su cargo sin que se le haya presentado con antelación al funcionario un cuestionario que le permita conocer con anterioridad el tema relativo a su exposición [...]”.

Los interrogantes formulados en su consulta serán resueltos al final de este concepto.

Normativa y jurisprudencia

La Constitución Política de Colombia, en el numeral 11 del artículo 313, adicionado por el artículo 6° del Acto Legislativo 1 de 2007, establece:

“[...] Artículo 313. Corresponde a los concejos:

[..]

11. En las capitales de los departamentos y los municipios con población mayor de veinticinco mil habitantes, citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, este podrá proponer moción de censura. Los secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión del Concejo. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

Los concejos de los demás municipios, podrán citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y for-

mularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, cualquiera de sus miembros podrá proponer moción de observaciones que no conlleva al retiro del funcionario correspondiente. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación [...]”.

El numeral 8 del artículo 315 *ibidem*, al establecer las atribuciones de los alcaldes municipales, señala:

“[...] Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

[...]

8. Colaborar con el Concejo para el buen desempeño de sus funciones, **presentarle informes generales sobre su administración** y convocado a sesiones extraordinarias, en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado [...]”.

Por su parte, la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, modificada por la Ley 1551 de 2012, “por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, en lo que respecta al tema objeto de consulta dispone:

“[...] Artículo 32. Atribuciones. <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012>. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

[...]

2. Exigir informes escritos o citar a los secretarios de la alcaldía, directores de departamentos administrativos o entidades descentralizadas del orden municipal, al contralor y al personero, así como a cualquier funcionario municipal, excepto el alcalde, para que haga declaraciones orales sobre asuntos relacionados con la marcha del municipio.

Igualmente los concejos municipales podrán invitar a los diferentes funcionarios del orden departamental, así como a los representantes legales de los organismos descentralizados y de los establecimientos públicos del orden nacional, con sedes en el respectivo departamento o municipio, en relación con temas de interés local.

[...]

12. Citar a control especial a los representantes legales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sean públicas o privadas, para que absuelvan inquietudes sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios en el respectivo municipio o distrito.

La empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo representante legal no atienda las solicitudes o citaciones del control especial emanadas de los concejos municipales o distritales, será sujeto de investigación por parte de la Superintendencia de los Servicios Públicos Domiciliarios. Esta adelantará de oficio o por petición de la corporación respectiva, una investigación administrativa e impondrá las sanciones procedentes establecidas por la ley. Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones legales o constitucionales procedentes.

[...]

Artículo 38. Funciones de control. Corresponde al Concejo ejercer función de control a la administración municipal. Con tal fin, podrá citar a los secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de entidades descentralizadas así como al personero y al contralor. Las citaciones deberán hacerse con anticipación no menor de cinco días hábiles y formularse en cuestionario escrito. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión. También podrá el Concejo solicitar informaciones escritas a otras autoridades municipales. En todo caso, las citaciones e informaciones deberán referirse a asuntos propios del cargo del respectivo funcionario.

[...]

Artículo 91. Funciones. <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012>. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

a) En relación con el Concejo:

[...]

4. Colaborar con el Concejo para el buen desempeño de sus funciones; **presentarles informes generales sobre su administración en la primera**

sesión ordinaria de cada año, y convocarlo a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado [...]”.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-405 de fecha 10 de agosto de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, afirmó:

“[...] es natural que la labor de control político sobre la Administración se encuentre radicada también en los cuerpos plurales. En efecto, la Presidencia y la Alcaldía, por ser cuerpos dirigidos por un único jefe electo popularmente, tienden a ser una expresión institucional de las fuerzas mayoritarias, por lo cual es natural que sus actuaciones sean controladas por un cuerpo representativo plural en donde tengan también cabida las minorías, como son el Congreso y los concejos. Por ende, si bien los concejos son corporaciones administrativas, no por ello se debe concluir que es extraño a estas corporaciones que ejerzan funciones de control en el ámbito local sobre la gestión gubernamental municipal. Y ese control tiene un cierto sentido político ya que es una expresión del derecho de los ciudadanos de ejercer, ya sea de manera directa o por medio de sus representantes, un control sobre el ejercicio del poder político (C.P., art. 40). Por ello, en anterior ocasión, la Corte había señalado que a nivel local ‘el constituyente separó estrictamente las funciones del control político y de administración o gestión pública (C.P., art. 292)’ de suerte que las ‘asambleas departamentales y los concejos municipales tienen a su cargo, entre otras funciones, el control político sobre la gestión gubernamental’. Dijo entonces la Corte:

‘La separación de las funciones administrativa y de control político constituye una garantía institucional para el cumplimiento efectivo de los fines del Estado (C.P., arts. 113 y 2°).

[...]

En el sistema constitucional colombiano, el diseño y la formulación de los planes y programas de desarrollo económico y social corresponde a instancias legislativas (C.P., art. 150-3) y administrativas (C.P., arts. 300-3 y 313-2). La ejecución de las políticas está a cargo de las autoridades gubernamentales (C.P., arts. 189-11, 305-2 y 315-3). El control político del gobierno se radica en el Congreso, pero también en las asambleas departamentales y en los concejos municipales, en su calidad de órganos elegidos popularmente. La atribución de diferentes funciones públicas a diversos órganos permite

un ejercicio eficaz del control político sobre la actividad estatal, con miras a garantizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado (C.P., art. 2º). Los órganos del Estado ejercen sus funciones en forma independiente y bajo su propia responsabilidad, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (C.P., art. 113). La distribución del poder entre varios órganos significa su limitación y control mediante un sistema de pesos y contrapesos, que permiten hacer realidad la responsabilidad política de los titulares del poder.

La separación de funciones representa, por lo tanto, una garantía institucional para el correcto funcionamiento del aparato estatal. Esta garantía institucional constituye un presupuesto normativo necesario para el control horizontal y vertical del poder político’.

7. Los concejos ejercen entonces un control político sobre la administración local. Es cierto que esa labor de fiscalización no tiene todas las connotaciones del control radicado en el Congreso, ni los concejales gozan de todas las prerrogativas que la Carta atribuye a los representantes y senadores, puesto que Colombia es una república unitaria, por lo cual los grandes problemas nacionales tienen su espacio natural de deliberación política en el parlamento, que tiene entonces la función primaria de ejercer el control político sobre la Administración. El control de los concejos, por su parte, se refiere a los asuntos propios de la democracia local. Esto es lo que explica que la Sentencia T-405 de 1996, al insistir en las obvias diferencias que existen entre el control del Congreso y aquel ejercido por las asambleas, haya incurrido en la imprecisión de limitar el control político exclusivamente al Congreso, de suerte que caracterizó como control administrativo aquél que es adelantado por las asambleas y los concejos. Por tal razón, en la presente ocasión, la Corte precisa sus criterios en el siguiente sentido: las asambleas y los concejos, a pesar de ser corporaciones administrativas, ejercen un control político sobre la administración local, el cual, por su ámbito territorial reducido, no es idéntico al control ejercido por el Congreso, por lo cual el estatus jurídico de los congresistas y de los concejales no es el mismo. [...]”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de fecha 5 de junio de 2008¹⁵, precisó:

15. Radicación 1.889. 11001-03-06-000-2008-0022-00, C. P.: William Zambrano Cetina.

“[...] La Carta Política define el concejo municipal como ‘una corporación político-administrativa’ de elección popular; sus miembros, los concejales, no son empleados públicos, pero sí servidores públicos.

El alcalde municipal es ‘el jefe de la administración local y representante legal del municipio’, de elección popular, y tiene el carácter de empleado público del municipio.

Las características enunciadas: corporación político-administrativa, servidores públicos, empleado público, denotan que las actuaciones de una y otros están reguladas en la Constitución y en la ley y a éstas deben ajustarse; así mismo, que cumplen funciones públicas, siéndoles aplicable el artículo 209 constitucional, que señala como finalidad de la función administrativa el servicio de los intereses generales, bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, y de coordinación entre las autoridades administrativas.

Los artículos 313 y 315 constitucionales establecen las competencias de los concejos y los alcaldes respectivamente, y prevén que la misma Constitución y la ley pueden asignarles otras. Su lectura atenta muestra cómo las funciones de los concejos consisten fundamentalmente en establecer, mediante decisiones de carácter general, el marco normativo local, en tanto que las funciones del alcalde son, en su esencia, de ejecución porque su ejercicio requiere actuaciones y decisiones concretas.

Esta estructuración de la organización municipal está complementada con un conjunto de instrumentos que permiten a sus autoridades realizar los principios constitucionales de colaboración y coordinación y el ejercicio de controles mutuos, indispensables o convenientes para la realización de los cometidos estatales; así, algunas de las reglamentaciones que competen a los concejos requieren de la iniciativa del alcalde, éste debe colaborar con aquél ‘para el buen desempeño de sus funciones’, aquél autoriza los gastos y éste los ordena, etc. Dentro de ese conjunto de atribuciones, es necesario detenerse en algunas de ellas que, como se verá, tocan directamente con el contenido de la consulta.

En primer término, las decisiones de carácter general que adopta el concejo municipal, denominadas acuerdos, en algunos casos son de iniciativa privativa del alcalde y, en todos los casos, requieren de su sanción para entrar en vigencia; el alcalde está facultado para objetar los proyectos de acuerdo recibidos para sanción, tanto por razones de derecho, esto es por

considerarlos contrarios a la Constitución, la ley y las ordenanzas departamentales, como por motivos de inconveniencia; si el concejo no las acoge, y son objeciones de derecho, el alcalde las remitirá con el proyecto de acuerdo al tribunal administrativo con jurisdicción en el municipio de que se trate; si son objeciones por inconveniencia, el alcalde sancionará el proyecto de acuerdo, de no hacerlo lo hará el presidente de la corporación, y será publicado. El alcalde está obligado a enviar al gobernador del respectivo departamento, copia de los acuerdos sancionados para su revisión.

En segundo término, **el artículo 315 superior incluye como atribución del alcalde, la de presentar al concejo informes generales sobre su administración, pero no consagró para la corporación la facultad de pedirselos. La Ley 136 de 1994, en el numeral 2, adicionó las funciones constitucionales de los concejos con la de exigir informes escritos o citar en sesión ordinaria, a cualquier funcionario municipal excepto al alcalde; con esta excepción preservó el sentido de la norma superior.** Más aún, el Acto Legislativo 1 de 2007, definió el concejo municipal como una corporación político-administrativa dándole la competencia expresa de ejercer control político sobre la administración municipal, adicionando el artículo 313 constitucional con dos funciones, la de ‘citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurren a las sesiones’ y la de ‘proponer moción de censura respecto de los secretarios del despacho del alcalde por asuntos relacionados con funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Concejo...’.

Además de los informes escritos que pueden exigir a todos los funcionarios municipales con excepción del alcalde, también pueden citar a debate a los secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de las entidades descentralizadas; el debate puede concluir en moción de observaciones; y, a partir del 1° de enero de 2008, en su condición de corporación político-administrativa, están facultados para proponer mociones de censura o de observaciones en los términos establecido en el artículo 6° del Acto Legislativo 1 de 2007.

Lo destacable en el punto que se comenta es que ni la Constitución ni la ley le otorgan competencia a los concejos municipales para exigir de los alcaldes la rendición de informes ni para citarlos a debates en orden a adelantar sobre ellos actos de moción de observaciones o de censura [...]”.

Concepto

A continuación se da respuesta a las inquietudes formuladas por la consultante, así:

Pregunta uno: “[...] En cumplimiento del numeral 8 del artículo 315 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el numeral 4 del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, el señor alcalde debe presentar informe general de su administración ante el Concejo en la primera sesión ordinaria de cada año. La inquietud va orientada a si además de presentar el susodicho informe DEBE asistir en sesión plenaria cuando el Concejo lo requiera a rendir su informe de gestión de MANERA VERBAL o, por el contrario, es facultativo del señor alcalde asistir o no al Concejo Municipal, todo esto en relación con el numeral 2 del artículo 18...”.

Se responde: Como quedó descrito en la normativa y jurisprudencia previamente citadas, los alcaldes municipales deben presentar informes de su gestión al Concejo Municipal, encontrando que es imperativa la presentación de un informe en el primer período de sesiones ordinarias de este. Sin embargo, ello no implica que esa corporación tenga dentro de sus atribuciones la de citar al mandatario local a rendir informes, pues, como ya se ha evidenciado en el presente documento, ni constitucional, ni legalmente les fue conferida tal, toda vez que únicamente se les otorgó la facultad de solicitar informes a los funcionarios municipales, secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de las entidades descentralizadas.

Pregunta dos: “[...] La segunda inquietud va orientada a si es posible al citar a cualquier funcionario de la administración municipal para que rinda información acerca de casos concretos ‘sin que medie un cuestionario de por medio presentado con antelación’, es decir, si pueden los concejales requerirlo a través de preguntas genéricas acerca de funciones propias de su cargo o gestiones relativas a su cargo sin que se le haya presentado con antelación al funcionario un cuestionario que le permita conocer con anterioridad el tema relativo a su exposición [...]”.

Se responde: son claros tanto el numeral 11 del artículo 313 de la Constitución y el artículo 38 de la Ley 136 de 1994 al señalar que, en ejercicio de la función de control que se atribuye al Concejo Municipal, puede ese cuerpo colegiado citar a los secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de entidades descentralizadas, para lo cual debe cumplir con los siguientes requisitos: i) la citación debe hacerse con una anticipación no menor de 5 días hábiles; ii) junto con la citación, debe formularse cuestionario por escrito; iii) las citaciones e informaciones deberán referirse a asuntos propios del cargo del respectivo funcionario; iv) el debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión. Por lo tanto, no es viable para las corporaciones del orden municipal citar a funcionarios sin dar cumplimiento a la normativa previamente citada.

Licencia de maternidad concejala

Tema de consulta

Se solicita concepto jurídico en el cual la Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos se pronuncie respecto de las siguientes inquietudes:

“[...] 1. El Concejo Municipal pregunta si al momento del parto de la concejala, ¿esta debe ser o no reemplazada?, toda vez que existen dos posiciones antagónicas (i) la de la corte constitucional y (ii) el Acto Legislativo 2 de 2015.

En caso de proceder el reemplazo de la concejala, ¿cuál es el procedimiento legal por seguir?

2. ¿La licencia de maternidad solo se concede a solicitud de la concejala progenitora o de oficio por parte de la mesa directiva?

3. ¿El valor de la incapacidad o correspondiente a la licencia de maternidad la cancela la EPS de la concejala y por aparte esta puede percibir honorarios de las sesiones que se realicen?

4. ¿Puede la concejala asistir a las sesiones que realice la corporación, o es obligatorio disfrutar de su licencia de maternidad fuera del concejo?

[...]”.

Normativa

El artículo 134 de la Constitución Política de Colombia, modificado mediante el Acto Legislativo 2 del 1° de julio de 2015, en su tenor literal, establece:

“[...] Artículo 134. Los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.”

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por delitos de lesa humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de *quorum* se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del período.

Parágrafo transitorio. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; **ii) constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.**

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo [...].

El artículo 52 de la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, determinó que la licencia es una causal de falta temporal de los concejales; lo anterior en los siguientes términos:

“[...] **Artículo 52. Faltas temporales.** Son faltas temporales de los concejales:

a) La licencia;

[...]”.

El artículo 24 de la Ley 1551 de 2012, “por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, dispuso:

“[...] Artículo 24. Licencia. En caso de ser concedida la licencia temporal, el presidente de la corporación no permitirá que ingresen al Concejo o se posesionen a título de reemplazo candidatos no elegidos.

Parágrafo 1. Licencia de maternidad. Las concejales tendrán derecho a percibir honorarios por las sesiones que se realicen durante su licencia de maternidad, entendiéndose como justificable su inasistencia.

Parágrafo 2. Las mujeres elegidas concejales que pertenezcan al programa Familias en Acción, no estarán impedidas para continuar como beneficiarias en dicho programa [...].

El artículo 207 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, indica:

“[...] **Artículo 207. De las licencias por maternidad.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, **el régimen contributivo reconocerá**

y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las unidades de pago por capitación (UPC) [...]”.

Por su parte, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, “por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, respecto de la licencia de maternidad consagra:

“[...] Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

- a) el estado de embarazo de la trabajadora;
- b) la indicación del día probable del parto, y
- c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o

del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

Parágrafo 2. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el registro civil de nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

Parágrafo 3. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este párrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla [...].”

El Ministerio de Hacienda emitió el Concepto Jurídico UJ-1583/13, en el cual manifestó lo siguiente:

“[...]

Como primera medida debe decirse que no queda claro cuál es el régimen de licencias de maternidad aplicable a los concejales de la Ley 1551 de 2012, pues tanto el artículo 1º como el 2º hacen referencia a la licencia de maternidad de estas servidoras.

Lo mismo se percibe en el párrafo 1, el cual hace referencia a la licencia de maternidad, y no incluye elementos esenciales en relación al disfrute de la licencia como sí lo hace el inciso primero del artículo 1º, esto es: número de semanas a reconocer y el momento a partir del cual se puede disfrutar de la licencia. La falta de claridad es más notoria cuando en el inciso segundo del párrafo 1 de este artículo, repite el segundo inciso del artículo 1º

sin que tampoco se indiquen los requisitos para tener derecho a la licencia de maternidad. En consecuencia la modificación que pretende el proyecto constituye en un régimen especial la obtención de licencias de maternidad de los concejales de la Ley 1551 de 2012.

De otra parte, es importante señalar que el goce de la licencia de maternidad hace parte de la protección constitucional de la cual goza la mujer durante el embarazo y después del parto (C.P., art. 43), efectiva a través de un descanso remunerado que sustituye el ingreso que deja de percibir la madre. Reemplaza el valor de los ingresos que la trabajadora devengaba, con anterioridad al disfrute de la licencia, como contraprestación a las labores para las que fue contratada o vinculada.

Tradicionalmente la sustitución del ingreso ha consistido en fórmulas que parten de la certidumbre de la determinación de dichas sumas de dinero, las cuales respetan, en todo caso, la contraprestación que representa el valor devengado y la habitualidad y permanencia de los mismos. En el régimen laboral privado, por ejemplo, en un primer escenario la sustitución consiste en el pago del salario que devengue la trabajadora al momento de entrar a disfrutar del descanso (L. 1468/11, art. 1º). Y no siendo posible esta determinación, en razón de la naturaleza del trabajo o la calidad del trabajador o servidor, la fórmula ha consistido en el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor (L. 1468/11, art. 1º).

De acuerdo con lo anterior, si el inciso 1 del parágrafo 1 de este artículo está señalando que durante el período de la licencia, las mujeres podrán continuar recibiendo sus honorarios entendiéndose como justificada su inasistencia, a título de licencia de maternidad, no es viable esta proposición, toda vez que desnaturaliza la figura de esta licencia en la medida que los honorarios por las sesiones corresponden a una actividad asistencial. Es en virtud de la asistencia y participación que se devengan los mismos. La licencia de maternidad es una prestación económica que tiene por objeto que las mujeres no dejen de percibir sus ingresos habituales durante 14 semanas (L. 1468/11), y si se incluye este parágrafo, la mujer devengaría el promedio de los honorarios reconocidos en el último año más honorarios por las sesiones que se realicen durante la licencia de maternidad. Si eso es así, carece de justificación constitucional la existencia de la licencia, pues igualmente se está señalando que recibiría los honorarios por las sesiones que se realicen durante ese periodo, lo que en la práctica significa un incremento en

términos reales de sus honorarios, excediendo el valor que sin licencia devengan estas trabajadoras, rompiendo la proporcionalidad del reemplazo mencionado, apartándose de cualquier sistema de protección de riesgos y generando una gran inequidad frente a los demás mujeres que acceden a la licencia de maternidad en el sistema, en quebranto en todo caso del principio de solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

[...].”

El Departamento Administrativo de la Función Pública emitió la *Guía de administración pública. ABC de situaciones administrativas*, en su versión 1, julio de 2017, la cual hace las siguientes precisiones respecto de la licencia de maternidad:

“[...] **4. Licencias**

Esta situación administrativa permite que el empleado público se separe de sus funciones sin romper el vínculo con la entidad; por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley. Las licencias se deben conferir por el nominador o su delegado, o las personas que determinen las normas internas de la entidad.

Conforme a la legislación laboral vigente, aplicable a los empleados públicos, las licencias pueden ser:

[...]

4.2.1. Licencia de maternidad

Es una situación administrativa en virtud de la cual se brinda a la madre un receso remunerado para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida (artículo 2.2.5.5.10 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el 648 de 2017). Las condiciones para el reconocimiento de la licencia de maternidad se encuentran establecidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 que aumenta el disfrute de la licencia de maternidad a dieciocho (18) semanas remuneradas con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso...

[...]

El trámite para el reconocimiento de la licencia de maternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud se debe adelantar directamente por el empleador ante la EPS de conformidad con el artículo 121 del Decreto-Ley 19 de 2012.

La licencia de maternidad no interrumpe el tiempo de servicio.

La duración de la licencia por maternidad será el término fijado por la ley, sin que el mismo pueda ser aumentado o disminuido por la servidora o el empleador [...]

Respuesta a las inquietudes planteadas por la consultante

La peticionaria, en su escrito, formula una serie de interrogantes, los cuales se responden así:

1. El concejo municipal pregunta si al momento del parto de la concejala ¿esta debe ser o no reemplazada?, toda vez que existen dos posiciones antagónicas: i) la de la Corte Constitucional y ii) el Acto Legislativo 2 de 2015.

En caso de proceder el reemplazo de la concejala, ¿cuál es el procedimiento legal por seguir?

Respuesta: por disposición expresa del artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 2 de 2015, la licencia de maternidad es una de las faltas temporales que da lugar a designar reemplazo; concluyéndose entonces que, conforme con la normatividad vigente, debe reemplazarse a la concejal que se encuentra gozando de la licencia de maternidad, para lo cual debe aplicarse lo establecido en el inciso 1 del mencionado artículo.

Respecto de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, mencionados por la solicitante en su escrito, es importante recalcar que estos fueron motivados conforme con la legislación vigente en el momento en que se emitieron los fallos C-699/13 y C-831/13, esto es, antes del Acto Legislativo 2 de 2015, motivo por el cual en este momento debe apli-

carse la norma constitucional en la redacción vigente, la cual regula de forma diferente el tema de los reemplazos en las corporaciones públicas, frente a lo que contemplaba en el momento de pronunciarse la Corte Constitucional.

2. ¿La licencia de maternidad solo se concede a solicitud de la concejala proponente o de oficio por parte de la mesa directiva?

Respuesta: la Concejala que se encuentre en estado de embarazo debe informar a la corporación de tal situación, para que el presidente, en uso de sus competencias y como representante legal de esta, proceda a adelantar los trámites legales pertinentes a efectos de que sea reconocida y pagada la licencia de maternidad.

3. ¿El valor de la incapacidad o correspondiente a la licencia de maternidad la cancela la EPS de la concejala y por aparte esta puede percibir honorarios de las sesiones que se realicen?

Respuesta: tal como lo prescriben los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, las incapacidades generadas en enfermedad general serán reconocidas con cargo al régimen contributivo y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen.

Así las cosas, no se concibe legalmente el que la concejala pudiera percibir lo correspondiente a su licencia de maternidad y en forma concomitante recibir honorarios por las sesiones a las cuales asista. Téngase en cuenta que la Ley 4 de 1992, “mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”, en su artículo 19, estableció la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público, y recibir más

de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, con las excepciones consagradas en la misma disposición, prohibición que también se encuentra contemplada en el artículo 128 de la Constitución.

En consecuencia y de conformidad con el artículo previamente mencionado, así como con lo manifestado en el concepto emitido por el Ministerio de Hacienda citado en el presente documento, no resulta viable que la funcionaria devengue concomitantemente honorarios, así como el pago por su licencia de maternidad.

4. *¿Puede la concejala asistir a las sesiones que realice la corporación, o es obligatorio disfrutar de su licencia de maternidad fuera del concejo?*

Respuesta: conforme a lo establecido en la *Guía de administración pública. ABC de situaciones administrativas*, emitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, cuyos apartes pertinentes fueron citados en este documento, la filosofía de la licencia de maternidad es que la progenitora *se recupere del parto*, y que dedique al recién nacido el cuidado y la atención que su condición requiere. Adicionalmente, en el mismo documento se aclara que el término legal de la licencia (18 semanas) es irrenunciable, motivo por el cual no podría la concejala dejar de disfrutar de esta.

También debe tenerse en cuenta que, según lo establece el artículo 134 de la Constitución, en tratándose de la licencia de maternidad, se debe designar el reemplazo de la concejala y sería el designado para ello quien debe asistir a las sesiones del Concejo Municipal.

Creación comité de bajas y enajenación de bienes muebles de propiedad del Concejo Municipal

Tema de consulta

Se solicita concepto jurídico en el cual la Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos se pronuncie sobre la siguiente inquietud: “[...] Establecer

el fundamento jurídico para aclarar el procedimiento que se debe adelantar por parte de esta corporación con el fin de crear el comité evaluador de bajas y enajenación de bienes muebles de propiedad del Concejo Municipal de El Rosal [...]”.

Normativa

El artículo 209 de la Constitución Política establece:

“[...] **Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley [...]”.

El artículo 312 de la Constitución Política señala:

“[...] **Artículo 312.** <Artículo modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo 1 de 2007>. En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará Concejo Municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta [...]”.

Por su parte, la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, dispo-

ne en su artículo 31 lo siguiente: “[...] **Artículo 31. Reglamento.** Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones [...]”.

El artículo 72 del Decreto-Ley 1333 del 25 de abril de 1986, “por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”, estipula:

“[...] **Artículo 72.** Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a la validez de las convocatorias, de las reuniones y de la actuación de los concejales elegidos en calidad de suplentes. Mientras se expiden tales reglamentos los concejales suplentes sólo podrán actuar válidamente cuando se presente la vacancia transitoria o absoluta, o la ausencia temporal del respectivo concejal principal y esta circunstancia se compruebe documentalmente ante la secretaría del Concejo [...]”.

La Ley 87 de 1993, “por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 4º, consagra:

“[...] **Artículo 4. Elementos para el sistema de control interno. Toda la entidad bajo la responsabilidad de sus directivos debe por lo menos implementar los siguientes aspectos que deben orientar la aplicación del control interno.**

a) establecimiento de objetivos y metas tanto generales como específicas, así como la formulación de los planes operativos que sean necesarios;

b) definición de políticas como guías de acción y procedimientos para la ejecución de los procesos;

[...]

e) **adopción de normas para la protección y utilización racional de los recursos;**

[...]

i) establecimiento de sistemas modernos de información que faciliten la gestión y el control;

[...]

l) simplificación y actualización de normas y procedimientos [...]" .

El artículo 34 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) consagra los deberes de los servidores públicos; entre ellos se encuentran:

"[...] **Artículo 34. Deberes.** Son deberes de todo servidor público:

[...]

4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

[...]

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización.

[...]

31. Adoptar el sistema de control interno y la función independiente de auditoría interna que trata la Ley 87 de 1993 y demás normas que la modifiquen o complementen [...]" .

En el Concepto 20122000023911, del 24 de agosto del año 2012, emitido por la Contaduría General de la Nación, se concluyó:

"[...] Es deber de la entidad contable pública dar de baja los activos inservibles, los total o parcialmente destruidos y en general, aquellos que por razones de diferente índole deban darse de baja de manera permanente, cuando no representen beneficios económicos futuros para la entidad.

Las normas de contabilidad pública en Colombia, así como las de control interno contable, emitidas por el Contador General de la Nación, son explícitas en cuanto a la responsabilidad de la administración de las entidades contables públicas para que estas aseguren que la información contable refleje su realidad financiera, económica, social y ambiental, adelantando todas las veces que sea necesario las gestiones administrativas para depurar las cifras y demás datos contenidos en los estados, informes y reportes contables, de tal forma que estos cumplan las características cualitativas de confiabilidad, relevancia y comprensibilidad.

En ese sentido, los bienes que según su realidad financiera, económica, social y ambiental deban darse de baja porque no son objeto de uso, deben seguir el procedimiento señalado en el *Manual de procedimientos del régimen de contabilidad pública*, citado en este concepto, de manera que las cifras y demás datos contenidos en los estados contables garanticen que la información refleje la calidad requerida por las normas contables públicas y de control interno en Colombia.

La calidad de la información contable pública requiere de una permanente depuración de las cifras para mostrar la realidad económica de la entidad, por ello deben observarse, entre otros factores, los procedimientos internos, funciones, manuales, conceptos jurídicos y las normas legales aplicables al respectivo caso [...]”.

Concepto

De la normativa previamente citada, es viable concluir que es obligación de todo servidor público custodiar y salvaguardar los bienes a su cargo, así como establecer los procedimientos indispensables para garantizar ello.

Si bien no existe en el ordenamiento jurídico disposición alguna que establezca en forma precisa la obligatoriedad para conformar un comité que se encargue de depurar y dar de baja los bienes de propiedad de una entidad oficial, como es el caso del Concejo Municipal de El Rosal, administrativamente la manera más eficiente de garantizar que la exclusión de un bien del patrimonio de la entidad se haga en debida forma es mediante la adopción de un procedimiento en el que claramente se establezcan las condiciones que se deben cumplir para poder dar de baja un bien de propiedad de esta.

Ahora bien, respecto de la enajenación de bienes muebles e inmuebles, sí existe reglamentación sobre el particular, la cual se encuentra establecida en la Ley 1150 de 2007 (artículo 2º, numeral 2, literal e) y en el Decreto 1082 de 2015 (artículos 2.2.1.2.2.1.1 y siguientes), normatividad que hace parte del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los cuales claramente se dispone que a fin de enajenar bienes del Estado debe adelantarse un proceso de selección abreviada con los requisitos y condiciones allí consagrados.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede el Concejo Municipal, mediante el procedimiento establecido en su reglamento interno, proceder a expedir el acto administrativo en el cual se establezcan los integrantes, sesiones, procedimientos, etc., del comité de bajas de la corporación, para lo cual se recomienda tener en cuenta los lineamientos y circulares que en tratándose de información contable ha emitido la Contaduría General de la Nación.

Traslados presupuestales a municipios

Tema de consulta

Se solicita concepto jurídico en el cual la Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos se pronuncie sobre la siguiente inquietud: “[...] ¿Los mandatarios municipales no necesitan permiso o autorización de los concejos municipales para los traslados y movimientos presupuestales? [...]”.

El interrogante planteado será resuelto en la parte final de este concepto.

Normativa y jurisprudencia

El numeral 5 del artículo 313 de la Constitución Política establece:

“[...] **Artículo 313.** Corresponde a los concejos:

[...]

5. Dictar normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

[...]”.

Los numerales 5 y 9 del artículo 315 de la Carta disponen:

“[...] **Artículo 315.** Son atribuciones del alcalde:

[..]

5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.

[..]

9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.

[...]”.

Teniendo en cuenta los principios de separación de poderes y legalidad, los artículos 338 y 345 de la Constitución señalan:

“[...] **Artículo 338.** En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos [...].

[...]

Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto [...].”.

Por su parte, el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994¹⁶ (modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012) consagró:

16. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

“[...] **Artículo 32. Atribuciones.** Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

[...]

9. Dictar las normas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, teniendo especial atención con los planes de desarrollo de los organismos de acción comunal definidos en el presupuesto participativo y de conformidad con las normas orgánicas de planeación [...].”

El Decreto-Ley 111 del 15 de enero de 1996, “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, estatuyó:

“[...] **Artículo 71.** Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos [...].

[...]

Artículo 110. Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes [...].”

En la Sentencia de Única Instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, magistrado ponente: José Ascención Fernández Osorio, Radicado 15001233300020170251-00, se concluyó lo siguiente:

“[...] 3. **Los movimientos presupuestales** consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito), sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal , o sea, que sólo afectan el anexo

del decreto de liquidación del presupuesto, se denominan **‘traslados presupuestales internos’**.

[...]

No obstante, no sucede lo mismo con **los traslados presupuestales**, debido a que se trata de operaciones a través de las cuales se adelantan tanto créditos como contracréditos en el presupuesto que solo afectan el anexo del decreto de liquidación sin exceder los montos totales aprobados por la corporación pública, **pueden ser adelantados por el alcalde directamente sin necesidad de autorización previa del Concejo Municipal**.

Esto se extrae del contenido del artículo 2.8.1.5.6 del Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, que para las entidades del orden nacional señala:

“[...] Artículo 2.8.1.5.6. Modificaciones al detalle del gasto. **Las modificaciones al anexo del decreto de liquidación que no modifiquen en cada sección presupuestal el monto total de sus apropiaciones de funcionamiento, servicio de la deuda o los programas y subprogramas de inversión aprobados por el Congreso, se realizarán mediante resolución expedida por el jefe del órgano respectivo.** En el caso de los establecimientos públicos del orden nacional, estas modificaciones se harán por resolución o acuerdo de las juntas o consejos directivos, o por resolución del representante legal en caso de no existir aquellas [...]”.

En lo atinente a las entidades territoriales, la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha extrapolado esta disposición indicando su aplicabilidad en los ámbitos municipal y departamental:

“[...] [Los traslados presupuestales internos] **competen al jefe del órgano respectivo**, mediante resolución que debe ser refrendada por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su validez, y concepto previo favorable del Departamento de Planeación Nacional si se trata del presupuesto de inversión.

Por su parte, en relación con el artículo 110 del mismo Decreto-Ley 111 de 1996, con base en el cual se pregunta si el alcalde podría realizar traslados presupuestales sin autorización del concejo (pregunta 4), la sala observa que

dicho artículo no modifica ni crea excepciones respecto de las reglas antes mencionadas. En ese sentido, la capacidad para contratar que se regula en esa disposición legal, no se extiende a la posibilidad de modificar el presupuesto por fuera de lo previsto en las normas presupuestales aplicables en cada caso particular [...].”

El Departamento Nacional de Planeación, en su *Manual de inversión pública* expedido en el año 2016, reitera lo anterior así:

“[...] 6.1.1. Traslados

Es una operación a través de la cual se adelantan tanto créditos como contracréditos en el presupuesto de rentas o en el presupuesto de gastos. Toda vez que esos traslados pueden modificar o no el monto aprobado por el Congreso de la República entre los niveles rentísticos o los programas y subprogramas del gasto de inversión debe tenerse en cuenta que:

A. Si el traslado a realizarse requiere modificar los totales por nivel rentístico (ver tabla 3) y el monto de gasto de inversión a nivel de programa o subprograma aprobados por el Congreso de la República, se requiere presentar la modificación a consideración del legislativo a través de un proyecto de ley, para lo cual deben tenerse en cuenta los requisitos establecidos en el EOP.

B. Los traslados que no modifican los totales por nivel rentístico y el monto de gasto de inversión programa y subprograma aprobados por el Congreso de la República, se adelantan por vía administrativa y pueden ser de tres tipos: ordinario, vigencia expirado o cambio de fuente, sobre los cuales instruye el presente manual [...].”

En la misma línea, la *Guía del presupuesto público territorial*, emanada de la Auditoría General de la República, enseña:

“[...] 4.5.2.4.2. **Traslados presupuestales**

[...]

Los traslados pueden autorizarse atendiendo el nivel de desagregación presupuestal que afecte. Es decir, **si el traslado por ejemplo afecta el nivel de desagregación general aprobado por el [sic] CEP [corporación de elección popular] requerirá tramitar la correspondiente ordenanza**

o acuerdo; mientras que si afecta niveles de desagregación más bajos, procede el decreto o resolución ejecutiva [...]”.

Concepto

En la normativa previamente citada, se señalan las disposiciones legales, así como las posiciones jurisprudenciales y doctrinales, las cuales establecen los casos en que el alcalde de un municipio requiere o no autorización por parte del Concejo Municipal para realizar traslados y movimientos presupuestales.

Como corolario de lo precedentemente indicado, es claro que le asiste al Concejo Municipal la competencia dentro del marco de la Constitución y la ley para efectuar movimientos presupuestales, o efectuar traslados de este, siempre y cuando estos aumenten el monto total del presupuesto del municipio, mediante proyecto de acuerdo presentado a iniciativa del jefe de la administración local, junto con su respectivos soportes.

Sin perjuicio de lo anterior, es claro que un alcalde municipal puede directamente, y sin mediar autorización de la Corporación de Elección Popular, realizar traslados presupuestales internos, siempre y cuando estos no afecten, o alteren el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Pago impuesto de vehículos oficiales

Tema objeto de consulta

La jefe de servicios de la UT SIETT Cundinamarca solicita se expida concepto jurídico sobre la situación jurídica que se expone a continuación:

“[...]”

1. En pretéritas oportunidades, se expidieron de su respetada Dirección conceptos numerados 2015312209, del 30 de marzo de 2015 y el 2015585154 del 22 de diciembre del mismo año, los cuales me permito aportar en copias a este escrito.

2. Es claro que en los textos anunciados anteriormente se concluyó: ‘[...] que la declaración y pago de impuestos sobre vehículos automotores de uso oficial, no es jurídicamente válido, por falta: tarifa y base gravable, como elementos constitutivos de la obligación tributaria-impuesto [...]’.

3. Se hace necesario solicitar a su respetada oficina se sirva conceptuar lo siguiente:

SOLICITUD DE CONCEPTO

1. ¿En la actualidad, se mantienen vigentes las condiciones y normativa que enmarca la no exigencia del pago de impuesto sobre vehículos de servicio y uso oficial, o en su efecto el marco jurídico ha cambiado y se debe realizar este cobro?

2. Obedece esta solicitud a dudas que se han presentado en la aplicación y cumplimientos de los requisitos para los trámites en donde se exige el pago de impuestos; en el evento en que la línea de aplicación a este cobro tributario hubiese cambiado agradecemos se nos anuncie de manera urgente [...]”.

Normativa

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 338, dispone:

“[...] Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo [...]”.

La Ley 488 de 1998, “por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las entidades territoriales”, respecto del impuesto de vehículos automotores estableció:

“[...] **Artículo 138. Impuesto sobre vehículos automotores.** Créase el impuesto sobre vehículos automotores el cual sustituirá a los impuestos de timbre nacional sobre vehículos automotores, cuya renta se cede, de circulación y tránsito y el unificado de vehículos del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y se registrá por las normas de la presente ley.

El Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá podrá mantener el gravamen a los vehículos de servicio público que hubiere establecido antes de la vigencia de esta ley.

[...]

Artículo 140. Hecho generador. Constituye hecho generador del impuesto, la propiedad o posesión de los vehículos gravados.

Artículo 141. Vehículos gravados. Están gravados con el impuesto los vehículos automotores nuevos, usados y los que se internen temporalmente al territorio nacional, salvo los siguientes:

- a) las bicicletas, motonetas, y motocicletas con motor hasta de 125 cc de cilindrada;
- b) los tractores para trabajo agrícola, trilladoras y demás maquinaria agrícola;
- c) los tractores sobre oruga, cargadores, mototrillas, compactadoras, motoniveladoras y maquinaria similar de construcción de vías públicas;
- d) vehículos y maquinaria de uso industrial que por sus características no estén destinados a transitar por las vías de uso público o privadas abiertas al público;
- e) los vehículos de transporte público de pasajeros y de carga.

Parágrafo 1. Para los efectos del impuesto, se consideran nuevos los vehículos automotores que entran en circulación por primera vez en el territorio nacional.

Parágrafo 2. En la internación temporal de vehículos al territorio nacional, la autoridad aduanera exigirá, antes de expedir la autorización, que el

interesado acredite la declaración y pago del impuesto ante la jurisdicción correspondiente por el tiempo solicitado. Para estos efectos la fracción de mes se tomará como mes completo. De igual manera se procederá para las renovaciones de las autorizaciones de internación temporal.

Parágrafo 3. <Parágrafo adicionado por el artículo 341 de la Ley 1819 de 2016>. A partir del registro de la aprehensión, abandono o decomiso de automotores y maquinaria que sea efectuada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o de cualquier autoridad pública competente para ello, en el Registro Único Nacional de Tránsito y hasta su disposición a través de las modalidades que estén consagradas en la normativa vigente, no se causarán impuestos ni gravámenes de ninguna clase sobre los mismos.

Este tratamiento también aplicará para los referidos bienes que sean adjudicados a favor de la nación o de las entidades territoriales dentro de los procesos de cobro coactivo y en los procesos concursales, a partir de la notificación de la providencia o acto administrativo de adjudicación a la autoridad que administre el Registro Único Nacional de Tránsito y hasta su disposición a través de las modalidades previstas en el artículo 840 del Estatuto Tributario.

Para efectos del presente parágrafo, se entenderá por maquinaria aquella capaz de desplazarse, los remolques y semirremolques, y la maquinaria agrícola, industrial y de construcción autopropulsada.

Artículo 142. Sujeto pasivo. El sujeto pasivo del impuesto es el propietario o poseedor de los vehículos gravados.

Artículo 143. Base gravable. Está constituida por el valor comercial de los vehículos gravados, establecido anualmente mediante resolución expedida en el mes de noviembre del año inmediatamente anterior al gravable, por el Ministerio de Transporte.

Para los vehículos que entran en circulación por primera vez, la base gravable está constituida por el valor total registrado en la factura de venta, o cuando son importados directamente por el usuario propietario o poseedor, por el valor total registrado en la declaración de importación.

Parágrafo. Para los vehículos usados y los que sean objeto de internación temporal, que no figuren en la resolución expedida por el Ministerio de Transporte, el valor comercial que se tomará para efectos de la declaración y pago será el que corresponda al vehículo automotor incorporado en la resolución que más se asimile en sus características.

[...]

Artículo 145. Tarifas. Las tarifas aplicables a los vehículos gravados serán las siguientes, según su valor comercial:

<Valores absolutos que regirán a partir del 1º de enero de 2018, reajustados por el artículo 1º del Decreto 2206 de 2017. El texto con los valores reajustados es el siguiente:>

1. Vehículos particulares:

- a) Hasta \$45.272.000 1,5%
- b) Más de \$45.272.000 y hasta \$101.860.000 2,5%
- c) Más de \$101.860.000 3,5%

2. Motos de más de 125 cc 1,5%

Parágrafo 1. Los valores a que se hace referencia en el presente artículo, serán reajustados anualmente por el gobierno nacional.

Parágrafo 2. Cuando el vehículo automotor entre en circulación por primera vez, el impuesto se liquidará en proporción al número de meses que reste del respectivo año gravable. La fracción de mes se tomará como un mes completo. El pago del impuesto sobre vehículos automotores constituye requisito para la inscripción inicial en el registro terrestre automotor.

Parágrafo 3. Todas las motos independientemente de su cilindraje, deberán adquirir el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de las sanciones establecidas para los vehículos que no porten la calcomanía a que se refiere la presente ley. Las compañías aseguradoras tendrán la obligación de otorgar las pólizas del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

Parágrafo 4. Los municipios que han establecido con base en normas anteriores a la sanción de esta ley el impuesto de circulación y tránsito o rodamiento a los vehículos de servicio público podrán mantenerlo vigente [...].”

El Código Nacional de Tránsito Terrestre¹⁷ dispone:

¹⁷. Ley 769 del 13 de septiembre de 2002.

“[...] **Artículo 2º. Definiciones.** Para la aplicación e interpretación de este Código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

Vehículo de servicio particular: vehículo automotor destinado a satisfacer las necesidades privadas de movilización de personas, animales o cosas.

[...]

Vehículo de servicio oficial: vehículo automotor destinado al servicio de entidades públicas.

[...]

Artículo 44. Clasificación. **Las placas se clasifican, en razón del servicio del vehículo, así: de servicio oficial**, público, particular, diplomático, consular y de misiones especiales.

Las placas de servicio diplomático, consular y de misiones especiales serán suministradas por el Ministerio de Transporte o por la entidad que delegue para tal fin, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores [...].”

Jurisprudencia y conceptos

El Consejo de Estado¹⁸ se ha pronunciado respecto del cobro del impuesto sobre vehículos automotores a vehículos oficiales; lo anterior en los siguientes términos:

“[...] Aunque las normas sobre sujeto pasivo y base gravable del impuesto de vehículos no excluyeron del mismo a los vehículos oficiales, la disposición sobre tarifas sólo se refiere a los vehículos particulares y a las motos de más de 125 cc, lo que significa que el legislador no previó ninguna tarifa para los vehículos de uso oficial ni autorizó a las entidades territoriales a hacerlo.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 21 de agosto de 2008, C. P.: Héctor J. Romero Díaz, Radicación: 0500123310002000001275 01, Número interno: 15360.

Lo anterior significa que los vehículos oficiales no pueden ser gravados con el impuesto de vehículos porque faltó uno de los elementos esenciales para que respecto de los mismos se configurara el tributo (la tarifa), elemento que, se insiste, no puede ser suplido por las entidades territoriales, dado que su autonomía tributaria se encuentra sujeta a la Constitución y a la ley (artículos 150 [12], 287, 300[4], 313 [4] y 338 de la Constitución Política).

[...]

Y, si la Ley 488 de 1998 no gravó con el impuesto a los vehículos oficiales, sencillamente no existe el tributo en relación con los mismos, ni pueden los departamentos fijar este elemento esencial en reemplazo del legislador, puesto que las asambleas son organismos administrativos (artículo 299 de la Constitución Política) y no pueden legislar; además, el legislador no las facultó para fijar la tarifa del impuesto para los vehículos oficiales [...].”

El anterior pronunciamiento del Consejo de Estado fue recogido en el Concepto 32508 del 5 de noviembre de 2009, emitido por el Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien adicionalmente afirmó:

“[...] Nótese como, el Consejo de Estado se refiere puntualmente a los vehículos de uso oficial o vehículos oficiales, expresando que por no encontrarse definida por el legislador una tarifa aplicable a esa clase de vehículos, éstos no son sujetos del impuesto sobre vehículos automotores. Así pues, lo que define la no sujeción, no es la calidad del propietario sino el servicio para el cual se encuentre registrado el vehículo, esto para indicar que el que un vehículo sea de propiedad de una entidad pública ello no significa que por ese solo hecho deba ser considerado como vehículo oficial. Para dar sustento a lo expresado, presta mérito revisar qué se entiende por un vehículo oficial y por esa vía definir cuáles son aquellos frente a los cuales no existe tarifa aplicable del impuesto sobre vehículos automotores, para lo cual nos remitiremos a las normas de la Ley 769 de 2002, así:

‘Artículo 2º. Definiciones. Para la aplicación e interpretación de este Código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

Vehículo de servicio oficial: vehículo automotor destinado al servicio de entidades públicas. [...].

Conforme a la norma transcrita, podría pensarse entonces que para que un vehículo sea considerado como oficial bastaría que estuviera destinado al servicio de una entidad pública; sin embargo, nada obsta para que vehículos matriculados para otros servicios (particular, público, diplomático, consular o de misiones especiales) sean destinados al servicio de entidades públicas. De tal manera, corresponde ahora verificar los servicios para los cuales puede ser matriculado un vehículo, sirviéndonos del artículo 44 *ibidem*:

‘Artículo 44. Clasificación. Las placas se clasifican, en razón del servicio del vehículo, así: de servicio oficial, público, particular, diplomático, consular y de misiones especiales’.

De la lectura de este apartado normativo, dable resulta afirmar que existen diversos servicios para los cuales puede ser registrado un vehículo, entre ellos y para el caso puntual, el servicio oficial, de lo que se sigue que, acorde con el criterio del Consejo de Estado, aquellos que no están sujetos al impuesto, por ausencia de tarifa, serán los registrados como de servicio oficial, los cuales, independientemente de que su propietario sea una entidad pública, resultan plenamente diferenciables de aquellos matriculados para otro servicio, y concretamente de los destinados al servicio particular para los efectos del impuesto sobre vehículos automotores.

Bajo esta misma línea argumentativa, para abundar en razones, debe precisarse que las características de un vehículo, entre ellas su destinación y servicio, deben encontrarse expresamente señaladas en la licencia de tránsito tal como lo señala el artículo 38 de la Ley 769 de 2002...”.

En otra providencia, el Consejo de Estado¹⁹ estableció:

“[...] De las anteriores definiciones de orden legal, se colige para la Sala, que tanto en vigencia del antiguo como del nuevo Código Nacional de Tránsito, los términos ‘vehículos particulares’ y ‘vehículos oficiales’ son di-

¹⁹. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 12 de marzo de 2012, Radicación: 05001-23-31-000-1999-03314-01(18444), C. P.: Martha Teresa Briceño de Valencia.

ferentes, de manera que uno no se subsume dentro del otro, ni participan de elementos que los hagan similares en su uso o destinación. Por ello, no es posible jurídicamente que cuando se haga alusión al término ‘vehículos particulares’ éste incluya a los vehículos oficiales o de propiedad de las entidades públicas, dada su distinta destinación. Por tanto, cuando el artículo 145 de la Ley 488 de 1998, al fijar las tarifas del impuesto sobre vehículos automotores, se refiere a los vehículos particulares es decir, a los destinados ‘a satisfacer las necesidades privadas de movilización de personas, animales o cosas’, no abarca los vehículos destinados al ‘servicio de entidades públicas’ de donde se deduce que el legislador del año 1998 no fijó la tarifa del impuesto de vehículos para los automotores de servicio oficial, ya que conforme con la definición legal prevista en la norma especial que regula el transporte terrestre, dentro de los vehículos particulares no se incluyen los oficiales.

Si hubiese sido voluntad del legislador someter al gravamen a los vehículos oficiales, les hubiera fijado una tarifa en forma expresa en el artículo 145 de la Ley 488 de 1998, situación que no ocurrió como se puede apreciar en los incisos transcritos anteriormente. El impuesto de vehículos (i) es del orden nacional, (ii) cuyas rentas fueron cedidas a los municipios, distritos, departamentos y al Distrito Capital y (iii) está integralmente regulado en la Ley 488 de 1998. En esas condiciones, los entes territoriales sólo tienen a su cargo la administración del tributo y son dueñas del recaudo, pero el impuesto sigue siendo de carácter nacional. Por lo tanto, al ser el impuesto de orden nacional, el legislador es el único facultado constitucionalmente para fijar los elementos del impuesto [...]”.

Conclusión

Lo primero es precisar que efectivamente la Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos de la Secretaría Jurídica del departamento de Cundinamarca emitió dos conceptos en los cuales se aborda el tema del pago del impuesto sobre vehículos automotores por parte de vehículos de servicio oficial; lo anterior mediante oficios identificados con el Mercurio 2015312209 del 30 de marzo de 2015 y 2015585154 del 22 de diciembre de 2015, en los que se concluye que la declaración y pago del impuesto sobre vehículos automotores de uso oficial no es jurídicamente válida, por faltar la tarifa como elemento constitutivo de la obligación tributaria-impuesto.

Lo anterior, aunado a la exposición legal y jurisprudencial que se hace en el contenido del presente concepto, permite concluir que los vehículos de propiedad de las entidades oficiales, a cualquier nivel: nacional, departamental o municipal, que se encuentren matriculados como de servicio oficial no están obligados a pagar el valor del impuesto sobre vehículos automotores de que trata la Ley 488 de 1998, la cual actualmente se encuentra vigente.

Luego, entonces, es dable afirmar que mientras no sean modificadas las normas que rigen esta materia, así como la jurisprudencia que al respecto se ha emitido, continuarán vigentes los reiterados criterios expresados por esta Dirección, relacionados con la no exigibilidad del pago del impuesto sobre vehículos automotores a aquellos que sean matriculados como de servicio oficial.

Por lo anterior, esta Dirección de Conceptos y Estudios Jurídicos ratifica lo expresado en los conceptos emitidos en su oportunidad, y que fueron referidos por la consultante.

Vigencia CDP

Tema de consulta

Se solicita concepto jurídico respecto de la siguiente inquietud: “[...] Teniendo en cuenta la normatividad legal vigente y dentro de una misma vigencia, ¿se puede ampliar la fecha de vencimiento de un certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) una vez esta fecha haya vencido? [...]”.

Normativa y jurisprudencia

La Constitución Política, en sus artículos 352 y 353, establece:

“[...] **Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo**, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Artículo 353. Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto [...]

Por su parte, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996, consagra ciertas disposiciones aplicables a la materia, tales como:

“[...]”

Capítulo II

De los principios del sistema presupuestal

Artículo 12. Los principios del sistema presupuestal son: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeostasis.

[...]

Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.

Artículo 15. Universalidad. El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto.

[...]

Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, **ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible**, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones [...].”

Por su parte, en el *Manual para el registro de la contabilidad presupuestal pública*, expedido por la Contraloría General de la República, se hace referencia al certificado de disponibilidad presupuestal en los siguientes términos:

“[...] **Del proceso de afectación**

Las etapas del proceso de afectación son:

A. Expedición del correspondiente certificado de disponibilidad por el jefe de presupuesto del órgano respectivo o quien haga sus veces, previo a la adquisición del compromiso.

A1. De la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP)

Definición: de acuerdo con lo establecido por el Estatuto Orgánico del Presupuesto y sus decretos reglamentarios, el certificado de disponibilidad presupuestal es un documento expedido por el jefe de presupuesto o por quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos **con cargo al presupuesto de la respectiva vigencia fiscal.**

[...]

Obligatoriedad: los órganos que integran el sector público no podrán adquirir compromisos, ni dictar actos con cargo al presupuesto sin soportarlos previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, debidamente expedido por el jefe de presupuesto o por el funcionario que desempeñe estas funciones en cada órgano.

Expedición: las dependencias de presupuesto o quienes hagan sus veces en cada órgano expedirán los certificados de disponibilidad presupuestal hasta por el valor del saldo que se encuentre libre de afectación en la respectiva apropiación presupuestal.

Vigencia: el certificado de disponibilidad presupuestal tendrá una vigencia equivalente al término del proceso de asunción del respectivo compromiso.

B. Registro presupuestal de los compromisos legalmente adquiridos y que desarrollen el objeto de la apropiación, efectuado por el jefe de presupuesto del órgano respectivo o quien haga sus veces

B1. Del registro presupuestal del compromiso

Definición: son compromisos los actos realizados por los órganos que en desarrollo de la capacidad de contratar y de comprometer el presupuesto a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, se encuentren en el proceso de llevar a cabo el objeto establecido en los mismos. Dichos actos deben desarrollar el objeto de la apropiación presupuestal.

Definición del registro: se entiende por registro presupuestal del compromiso la imputación presupuestal mediante la cual se afecta en forma **definitiva** la apropiación, garantizando que ésta solo se utilizará para ese fin. **Esta operación indica el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.** El acto del registro perfecciona el compromiso.

Obligatoriedad: de conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas reglamentarias no se podrán atender compromisos con cargo al presupuesto que no cuenten previamente con el registro presupuestal correspondiente en el que se indique claramente el valor y plazo de las prestaciones a que haya lugar.

Expedición: el jefe de presupuesto o quien haga sus veces en cada órgano será el responsable de efectuar el registro presupuestal correspondiente en los términos y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas legales.

Vigencia: el registro presupuestal del compromiso tendrá vigencia por el plazo estipulado de las prestaciones a las que haya lugar según la normatividad y condiciones existentes en el contrato [...].”

El Consejo de Estado, en providencia de fecha 12 de agosto de 2014²⁰, respecto del concepto de certificado de disponibilidad presupuestal precisó:

“[...] lo que expresa el certificado de disponibilidad presupuestal no son, en realidad, datos específicos de un contrato, porque no se ha celebrado, de hecho, apenas se iniciará el proceso de selección; por el contrario, este documento sólo da a conocer que en el presupuesto anual de una entidad se cuenta con recursos para atender determinada necesidad que se desea contratar. En consecuencia, la disponibilidad presupuestal, conocida con la sigla CDP, es el documento expedido por el responsable de presupuesto que garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible, libre de afectación y suficiente para respaldar los actos administrativos o los contratos con los cuales se ejecuta el presupuesto o se hace la apropiación.”

Cabe aclarar que cuando se expide un CDP el presupuesto se afecta en la suma certificada, es decir, que al monto total inicial se le resta lo certificado como disponible, así que en adelante queda en el presupuesto lo que resulta de descontar los CDP expedidos hasta ese momento [...].”

Concepto

En primer lugar, es pertinente resaltar la diferencia entre el certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) y el registro presupuestal (RP), toda vez que el primero se establece como la garantía de que existen los recursos suficientes para la asunción de ciertos compromisos establecidos previamente en el presupuesto de la entidad dentro de la vigencia fiscal respectiva, mientras que el segundo, por su parte, es la apropiación definitiva de los recursos amparados por el CDP; este último es necesario que incluya el valor y el plazo en el que se va a desarrollar el objeto de la apropiación presupuestal, requisito que no es necesario para la expedición del CDP.

²⁰. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C. P.: Enrique Gil Botero, Radicación: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565).

Implica lo anterior, y teniendo en cuenta los principios de anualidad y universalidad, que el CDP ampara los gastos presupuestados a lo largo de la vigencia fiscal, estando supeditada su expiración bien sea a la suscripción del compromiso para su ejecución, caso del cual nace a la vida jurídica el registro presupuestal o la terminación de la vigencia fiscal, si previamente no se adquiere el respectivo compromiso presupuestal.

Por lo tanto, se concluye que en caso de que los recursos amparados por el CDP no hayan sido apropiados mediante el registro presupuestal y estos aún existan en el presupuesto de la entidad, no se avizora inconveniente alguno para la renovación del CDP, siempre y cuando ello se haga dentro de la misma vigencia fiscal.

Bienestar social de funcionarios

Tema de consulta

La Directora de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Cota eleva consulta jurídica respecto a la duda que le asiste sobre “[...] **si la actividad relativa a ‘integración de los funcionarios a un destino turístico costero del país con una estadía de tres (3) días’** debería seguirse realizando o, por el contrario, se debería cambiar por salidas que no requieran de un traslado fuera del departamento de Cundinamarca o a departamentos limítrofes, actividad que significaría una menor erogación presupuestal, aunque el mismo Decreto 1567 de 1998 no dice por parte alguna que, para la conformación de estos programas de bienestar social, deba existir un porcentaje específico del presupuesto de las entidades públicas”.

Normatividad

El Decreto-Ley 1567 del 5 de agosto de 1998, “por el cual se crea el Sistema Nacional de Capacitación y el Sistema de Estímulos para los Empleados del Estado”, dispone:

“[...] **Artículo 20. Bienestar social.** Los programas de bienestar social deben organizarse a partir de las iniciativas de los servidores públicos como

procesos permanentes orientados a crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así mismo deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia, efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad en la cual labora.

Parágrafo. Tendrán derecho a beneficiarse de los programas de bienestar social todos los empleados de la entidad y sus familias.

Artículo 21. Finalidad de los programas de bienestar social. Los programas de bienestar social que formulen las entidades deben contribuir al logro de los siguientes fines:

a) propiciar condiciones en el ambiente de trabajo que favorezcan el desarrollo de la creatividad, la identidad, la participación y la seguridad laboral de los empleados de la entidad, así como la eficacia, la eficiencia y la efectividad en su desempeño;

b) fomentar la aplicación de estrategias y procesos en el ámbito laboral que contribuyan al desarrollo del potencial personal de los empleados, a generar actitudes favorables frente al servicio público y al mejoramiento continuo de la organización para el ejercicio de su función social;

c) desarrollar valores organizacionales en función de una cultura de servicio público que privilegie la responsabilidad social y la ética administrativa, de tal forma que se genere el compromiso institucional y el sentido de pertenencia e identidad;

d) contribuir, a través de acciones participativas basadas en la promoción y la prevención, a la construcción de un mejor nivel educativo, recreativo, habitacional y de salud de los empleados y de su grupo familiar;

e) procurar la calidad y la respuesta real de los programas y los servicios sociales que prestan los organismos especializados de protección y previsión social a los empleados y a su grupo familiar, y propender por el acceso efectivo a ellos y por el cumplimiento de las normas y los procedimientos relativos a la seguridad social y a la salud ocupacional.

[...]

Artículo 23. Área de protección y servicios sociales. En esta área se deben estructurar programas mediante los cuales se atiendan las necesidades

de protección, ocio, identidad y aprendizaje del empleado y su familia, para mejorar sus niveles de salud, vivienda, recreación, cultura y educación.

Los programas de esta área serán atendidos en forma solidaria y participativa por los organismos especializados de seguridad y previsión social o por personas naturales o jurídicas, así como por los empleados, con el apoyo y la coordinación de cada entidad [...].

El Decreto Nacional 1083 del 26 de mayo de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, señala:

“[...] **Artículo 2.2.10.1. Programas de estímulos.** Las entidades deberán organizar programas de estímulos con el fin de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados. Los estímulos se implementarán a través de programas de bienestar social.

Artículo 2.2.10.2. Beneficiarios. Las entidades públicas, en coordinación con los organismos de seguridad y previsión social, podrán ofrecer a todos los empleados y sus familias los programas de protección y servicios sociales que se relacionan a continuación:

1. Deportivos, recreativos y vacacionales.
2. Artísticos y culturales.
3. Promoción y prevención de la salud.
4. Capacitación informal en artes y artesanías u otras modalidades que conlleven la recreación y el bienestar del empleado y que puedan ser gestionadas en convenio con cajas de compensación u otros organismos que faciliten subsidios o ayudas económicas.
5. Promoción de programas de vivienda ofrecidos por el Fondo Nacional del Ahorro, los fondos de cesantías, las cajas de compensación familiar u otras entidades que hagan sus veces, facilitando los trámites, la información pertinente y presentando ante dichos organismos las necesidades de vivienda de los empleados.

Parágrafo 1. Los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos.

También se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto.

Parágrafo 2. Para los efectos de este artículo se entenderá por familia el cónyuge o compañero(a) permanente, los padres del empleado y los hijos hasta los 25 años o discapacitados mayores, que dependan económicamente del servidor [...].

El artículo 34 de la Ley 734 de 2002, “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece:

“[...] **Artículo 34. Deberes.** Son deberes de todo servidor público:

[...]

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

[...]

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos [...].”

El Decreto Nacional 1737 del 21 de agosto de 1998, “por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del tesoro público”, instituyó:

“[...] **Artículo 12.** Modificado por el Decreto Nacional 2209 de 1998, modificado por el artículo 2º del Decreto Nacional 2445 de 2000. Está prohibida la realización de recepciones, fiestas, agasajos o conmemoraciones de las entidades con cargo a los recursos del tesoro público.

Se exceptúan de la anterior disposición, los gastos que efectúen el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y los gastos para reuniones protocolarias o internacionales que requieran realizar los ministerios de Relaciones Exteriores, de Comercio Exterior y de Defensa Nacional y

la Policía Nacional, lo mismo que aquellas conmemoraciones de aniversarios de creación o fundación de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional cuyo significado, en criterio del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, revista particular importancia para la historia del país [...].”

Jurisprudencia

La Corte Constitucional, en Sentencia C-720 del 29 de septiembre de 1999²¹, afirmó:

“[...] Dado que el legislador debe respetar el reducto mínimo de la autonomía de las entidades territoriales, uno de cuyos elementos centrales es el derecho a administrar sus recursos propios, resulta claro que cualquier intervención legislativa en esta materia exige una justificación objetiva y suficiente. Como fue explicado, la facultad de intervenir en la destinación de los recursos nacionales cedidos o transferidos surge de un conjunto de normas constitucionales que habilita, de manera específica, dicha intervención. No obstante, no existe en la Carta una norma que justifique, *in genere*, la intervención del legislador en la administración de los recursos propios de dichas entidades. Por el contrario, la posibilidad constitucional de manejar en forma autónoma sus propios recursos, es una garantía necesaria para asegurar que las entidades territoriales puedan, verdaderamente, diseñar un presupuesto de gastos e inversiones ajustado a sus propias necesidades y prioridades.

Como ha sido señalado por la jurisprudencia, ‘la autonomía financiera de las entidades territoriales respecto de sus propios recursos, es condición necesaria para el ejercicio de su propia autonomía. Si aquella desaparece, ésta se encuentra condenada a permanecer sólo nominalmente. En estas condiciones, considera la Corte Constitucional que para que no se produzca el vaciamiento de competencias fiscales de las entidades territoriales, al menos, los recursos que provienen de fuentes endógenas de financiación –o recursos propios *strictu sensu*– deben someterse, en principio, a la plena disposición de las autoridades locales o departamentales correspondientes, sin injerencias indebidas del legislador [...].”

Concepto

Los programas de bienestar social están encaminados a mejorar las condiciones de vida de los servidores públicos y la de sus familias. Se deben programar anualmente dentro de los presupuestos de rentas y gastos de cada ente territorial destinado para tal fin, buscando en lo posible lograr una mayor cobertura posible a los funcionarios tanto de libre nombramiento y remoción como a los empleados de carrera y provisionales, respectivamente. En estricto sentido, tanto los programas de bienestar social como los incentivos señalados en las normas legales vigentes buscan elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de los empleados en el desempeño de su labor, y contribuir eficazmente en el cumplimiento efectivo de los resultados institucionales. Estas actividades de bienestar social, según lo previsto en el Decreto-Ley 1567 de 1998, se determinan por el estudio de necesidades efectuado por la Administración, sin que se señale un porcentaje específico del presupuesto de cada entidad para su ejecución.

A manera de referencia frente al tema consultado, conviene traer a colación las directivas presidenciales 6 del 2 de diciembre de 2014, dirigida a: “ministros del despacho, directores de departamento administrativo, superintendentes, directores, gerentes, presidentes de entidades descentralizadas de la rama ejecutiva del orden nacional y **servidores públicos en general**”; y 9 del 9 de noviembre de 2018, dirigida a: “entidades de la rama ejecutiva del orden nacional”, que, si bien se expidieron para ser tenidas en cuenta por las entidades del orden nacional, son un referente para aplicar medidas de austeridad en el gasto público; en estas, taxativamente se establecen las actividades que no se pueden realizar con cargo al tesoro público, incluyendo las salidas nacionales o internacionales con motivo de los programas de bienestar social, toda vez que dichos viajes deben realizarse únicamente en cumplimiento de la función administrativa, siempre y cuando se encuentre debidamente justificada.

Lo anterior sin perjuicio de la autonomía presupuestal, financiera y administrativa con que cuentan las entidades territoriales para disponer del

manejo de sus recursos públicos, debiendo precisar que las entidades pueden diseñar programas de bienestar social en áreas tales como educación, recreación, vivienda, salud y calidad de vida laboral, dirigidas a sus empleados como a sus familias, contando para ello con la participación de entidades de seguridad social y previsión social.

Por ende, la integración que se pretende llevar a cabo con los funcionarios del municipio a un destino turístico costero del país, con una estadía de tres días, programada dentro de las actividades de bienestar social, iría en contra de las directrices emitidas por la Presidencia de la República, las cuales, si bien son dirigidas a la rama ejecutiva del nivel nacional, establecen lineamientos de austeridad del gasto que deben ser acogidos por las entidades del nivel territorial.

También debe tenerse en cuenta que un viaje como el planteado por la peticionaria puede afectar la prestación de los servicios a cargo de la Alcaldía Municipal, toda vez que serían tres días en los cuales no se atendería a la comunidad del municipio, infringiendo con ello lo dispuesto en los numerales 11 y 15 del artículo 34 del actual Código Disciplinario Único, es decir, dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, así como ejercerlas consultando permanentemente los intereses del bien común, en aras de la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

Finalmente, es del caso citar lo conceptuado²² por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual, al pronunciarse respecto de una consulta de similar contenido a la que aquí se contesta, afirmó:

“[...] En virtud de las normas de austeridad del gasto público se establecen de manera taxativa las actividades que no se pueden realizar con cargo al

22. Concepto del 7 de noviembre de 2017, Radicación: 20173000272851. Referencia: solicitud bienestar social para servidores públicos.

tesoro público, incluyendo las salidas nacionales o internacionales con motivo de los programas de bienestar social, toda vez que dichos viajes deben realizarse únicamente en cumplimiento de la función administrativa, siempre y cuando se encuentre debidamente justificada.

Por lo anterior, no resultaría viable separarse de las funciones con el fin de realizar un viaje para los propósitos de bienestar social, en el entendido que se pueden realizar otro tipo de actividades que no impliquen separación del ejercicio de funciones y que además permitan continuar normalmente con el servicio al público.

Así las cosas, le reiteramos que el financiamiento de un viaje con los recursos del Plan de Bienestar Social, no se encuentra ajustado a los criterios y lineamientos que orientan dicho plan, por cuanto éstos deben procurar el bienestar del conjunto de los servidores que hacen parte de la entidad [...]”.

Cuenta de cobro medio electrónico

Tema de consulta

El señor Miguel Antonio López Carrillo solicita se emita concepto jurídico respecto del siguiente interrogante: “[...] cómo se debe presentar y cuál es la documentación que se debe adjuntar para la legalización de una cuenta de cobro cuando todo el proceso se ha efectuado de manera electrónica [...]”.

Normatividad

El Decreto 624 de 1989, “por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”, señala:

“[...] Artículo 616-2. Casos en los cuales no se requiere la expedición de factura. No se requerirá la expedición de factura en las operaciones realizadas por bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y las compañías de financiamiento comercial. Tampoco existirá esta obligación en las ventas efectuadas por los responsables del régimen simplificado, y en los demás casos que señale el gobierno nacional.

Artículo 771-2. Procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables. Para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto

sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario [...].”

El Decreto 522 de 2003, “por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 788 de 2002 y el Estatuto Tributario”, establece:

“[...] Artículo 3°. *Documento equivalente a la factura en adquisiciones efectuadas por responsables del régimen común a personas naturales no comerciantes o inscritas en el régimen simplificado.* El adquirente, responsable del régimen común que adquiera bienes o servicios de personas naturales no comerciantes o inscritas en el régimen simplificado, expedirá a su proveedor un documento equivalente a la factura con el lleno de los siguientes requisitos:

- a) apellidos, nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios;
- b) apellidos, nombre y NIT de la persona natural beneficiaria del pago o abono;
- c) número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva;
- d) fecha de la operación;
- e) concepto;
- f) valor de la operación;
- g) discriminación del impuesto asumido por el adquirente en la operación [...].”

El Decreto 2242 de 2015, “por el cual se reglamentan las condiciones de expedición e interoperabilidad de la factura electrónica con fines de masificación y control fiscal”, dispone:

“[...] Artículo 1°. *Ámbito de aplicación.* Este decreto aplica a:

1. Las personas naturales o jurídicas que de acuerdo con el Estatuto Tributario tienen la obligación de facturar y sean seleccionadas por la DIAN para expedir factura electrónica.
2. Las personas naturales o jurídicas que de acuerdo con el Estatuto Tributario tienen la obligación de facturar y opten por expedir factura electrónica.

3. Las personas que no siendo obligadas a facturar de acuerdo con Estatuto Tributario y/o decretos reglamentarios, opten por expedir factura electrónica.

En cualquiera de los casos, las personas naturales o jurídicas deberán surtir el procedimiento habilitación previsto en el artículo 10 del presente decreto. Una vez agotado el mismo, deberán expedir factura electrónica en las condiciones señaladas en decreto y, en adelante, no podrán expedir, si fuere el caso, la factura electrónica a que se refiere el Decreto 1929 de 2007, ni la factura por computador prevista en el artículo 13 del 1165 de 1996, ni la factura por talonario.

Parágrafo: la DIAN no podrá establecer la obligación de facturar electrónicamente, hasta que se expida la reglamentación de la Ley 1231 de 2008 y demás normas relacionadas que permita la puesta en circulación de factura electrónica como título valor. No obstante lo anterior, las personas de que tratan los numerales 2 y 3 del presente artículo, es decir, aquellas que voluntariamente opten por expedir factura electrónica, podrán hacer la solicitud a partir de la publicación del presente decreto.

Artículo 2º. Definiciones.

[..]

Factura electrónica: es el documento que soporta transacciones de venta bienes y/o servicios y que operativamente tiene lugar a través de sistemas computacionales y/o soluciones informáticas que permiten el cumplimiento de las características y condiciones que se establecen en el presente decreto en relación con la expedición, recibo, rechazo y conservación. La expedición de la factura electrónica comprende la generación por obligado a facturar y su entrega al adquirente [...].”

El Código Civil Colombiano instituye: “[...] **Artículo 1602. Los contratos son ley para las partes.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales [...]”.

La Ley 80 del 28 de octubre de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, regula la normatividad aplicable a los contratos celebrados por las entidades del Estado y las estipulaciones que pueden incluirse en estos en los siguientes términos:

“[...] **Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

[..]

Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

Parágrafo. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales [...]” .

El artículo 41 *ibídem* dispone:

“[...] **Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato.** Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

<Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007>. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto. **El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.**

Los contratos estatales son *intuitu personae* [sic] y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aun del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes.

Parágrafo 1. <Parágrafo modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007>. **El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.**

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente [...]”.

Por su parte, el artículo 19 del Decreto-Ley 2150 del 5 de diciembre de 1995, “por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o

trámites innecesarios existentes en la administración pública”, modificado por el artículo 18 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, ordena:

“[...] Artículo 19. Supresión de las cuentas de cobro. Para el pago de las obligaciones contractuales contraídas por las entidades públicas, o las privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos públicos, no se requerirá de la presentación de cuentas de cobro por parte del contratista.

Las órdenes de compra de elementos o las de prestación de servicios, que se encuentren acompañadas de la oferta o cotización presentada por el oferente y aceptada por el funcionario competente, no requerirán de la firma de aceptación del proponente.

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de la expedición de la factura o cualquier otro documento equivalente cuando los tratados internacionales o las leyes así lo exijan [...]”.

Jurisprudencia

La Corte Constitucional, en Sentencia C-934 del 11 de diciembre de 2013²³, señaló:

“[...] La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los

²³. Expediente D-9661, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel [...].”

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC12122-2014²⁴, afirmó:

“[...] Repara la Corte en esta regla, por la circunstancia de que en el caso presente la interpretación defendida por el recurrente propugna porque se entienda que las partes, ambos abogados, simplemente acordaron que en cualquier momento podían dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo, cosa que en verdad luce inútil de pactar, toda vez que en atención a la autonomía de la voluntad privada como fuente generadora de normas para las partes, ellas mismas pueden modificarlo o extinguirlo con su consentimiento (mutuo disenso), pactando lo que bien les parezca en el ámbito concreto de sus propios intereses sin afectar los ajenos (‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’) [...]”.

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en Concepto 11545 de 2017, al respecto manifestó:

“[...] La DIAN indica, que las personas naturales régimen simplificado que opten por expedir factura en general (electrónica, por computador, por talonario, o documento equivalente por tiquetes de máquina registradora), requieren solicitar la autorización de numeración y cumplir los requisitos que exige la normatividad fiscal vigente, para cada caso.

Conforme al artículo 1º de la Resolución 55 de 2016, la autorización de numeración se exige **frente a los obligados a facturar**. No obstante, acorde con el artículo 4º de esta misma resolución, que señala expresamente los casos en los cuales **no se requiere autorización de numeración**, se establece sin embargo, en el párrafo una excepción que aplica de manera general a quienes:

24. Sentencia del 9 de septiembre de 2014, Radicación: 11001-31-03-042-2009-00347-01, M. P.: Jesús Vall de Rutén Ruiz.

** Facturen

** Expidan documentos equivalentes a través de máquinas registradoras, y a quienes

** Expidan factura electrónica.

Entendiéndose en consecuencia, que se requiere autorización de numeración, independientemente de quien se trate, por el solo hecho de facturar o expedir alguno de los documentos señalados. De tal modo que si un no obligado a facturar, expide factura, tiquetes de máquinas registradora o factura electrónica, tendría que solicitar autorización de numeración.

En particular, frente a quienes expiden factura electrónica, es pertinente observar que el Decreto 2242 de 2015, 'por medio del cual se reglamentan las condiciones de expedición e interoperabilidad de la factura electrónica con fines de masificación y control fiscal', en el artículo 1º, sobre 'Ámbito de aplicación', se establece que el mismo aplica a:

Las personas naturales o jurídicas que de acuerdo con el Estatuto Tributario tienen la obligación de facturar y sean seleccionadas por la DIAN para expedir factura electrónica.

Las personas naturales o jurídicas que de acuerdo con el Estatuto Tributario tienen la obligación de facturar y opten por expedir factura electrónica.

Las personas que no siendo obligadas a facturar de acuerdo con el Estatuto Tributario y/o decretos reglamentarios, opten por expedir factura electrónica [...]

Concepto

En primer lugar, es necesario determinar que la utilización de una cuenta de cobro o una factura (en documento físico o electrónico) depende de las obligaciones que ostente el proveedor en virtud del artículo 771-2 del Estatuto Tributario. Como consecuencia, si el proveedor detenta la obligación de expedir factura de conformidad con el artículo 615 del Estatuto en mención, este documento se vuelve esencial y no puede ser reemplazado por una cuenta de cobro.

En este sentido, si el proveedor pertenece al régimen común, necesariamente se encuentra en la obligación de expedir la factura correspondiente;

dicha obligación no recae sobre las personas que pertenecen al régimen simplificado, las cuales pueden emitir directamente cuentas de cobro en virtud de los contratos por ellos celebrados.

Ahora bien, en atención de la autonomía de la voluntad con que las partes celebran los contratos, sí se estableció como requisito la presentación de una cuenta de cobro; esta debe ser presentada por el contratista junto con los demás documentos que contractualmente se hayan establecido como requisito para el pago de los honorarios pactados en el contrato.

Es importante precisar que, en lo que respecta a la acreditación de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, debe tenerse en cuenta lo establecido por el Decreto 1273 del 23 de julio de 2018, “por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el título VII a la parte 2 del libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación con el pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo”.

Es importante advertir que las obligaciones contractuales nacen de la autonomía de la voluntad de los contratantes, pues permite regular libremente los intereses de cada uno; en este sentido, la inclusión de la cuenta de cobro como requisito necesario para el pago y reconocimiento de la prestación no resulta ser contraria al orden público, a la moral o a las leyes vigentes, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, esta puede ser exigida para el correspondiente pago de la obligación si se pactó inicialmente en el contrato.

En consonancia con lo anterior, si la persona no está obligada legalmente a expedir la correspondiente factura electrónica o física, puede adelantar la respectiva legalización de la cuenta de cobro allegando los soportes y documentación necesaria, más aún cuando dicha condición fue estipulada inicialmente en el contrato celebrado por las partes.

Finalmente, es esencial mencionar que, conforme lo establece el artículo 10 de la Ley 527 del 18 de agosto de 1999²⁵, “los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del capítulo VIII del título XIII, sección tercera, libro segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”; por lo tanto, en caso de remitir por ese medio los documentos exigidos en el contrato como soporte para tramitar el respectivo pago, estos gozan de total validez siempre y cuando ese mensaje de datos cumpla con los requisitos jurídicos establecidos en la Ley 527.

Adjudicación de subsidios de servicios públicos

Tema de consulta

La Secretaría de Planeación y Obras Públicas del municipio de Gutiérrez solicita se emita concepto jurídico sobre el otorgamiento y adjudicación de múltiples subsidios para un único beneficiario.

Normativa

La Constitución Política de Colombia establece:

“[...] **Artículo 367.** La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

25. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

Artículo 368. 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. [...]”.

El Congreso de la República de Colombia en uso de sus facultades expidió la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, que instituye:

“[...] **Artículo 2º. Intervención del Estado en los servicios públicos.** El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

[...]

2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

Artículo 3º. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:

3.4. Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.

[...]

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

14.29. Subsidio. Diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe.

[...]

Artículo 86. El régimen tarifario. El régimen tarifario en los servicios públicos a los que esta ley se refiere, está compuesto por reglas relativas a:

86.1. El régimen de regulación o de libertad.

86.2. **El sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.**

86.3. Las reglas relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante.

86.4. Las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas.

Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

[...]

87.3. Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a ‘fondos de solidaridad y redistribución’, para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

Artículo 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Los concejos municipales están en la obligación de crear ‘fondos de solidaridad y redistribución de ingresos’, para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

89.4. Quienes generen su propia energía, y la enajenen a terceros o asociados, y tengan una capacidad instalada superior a 25.000 kilovatios, recaudarán y aportarán, en nombre de los consumidores de esa energía equivalente, al fondo de 'solidaridad y redistribución de ingresos' del municipio o municipios en donde esta sea enajenada, la suma que resulte de aplicar el factor pertinente del 20% a su generación descontando de esta lo que vendan a empresas distribuidoras. Esta generación se evaluará al 80% de su capacidad instalada, y valorada con base en el costo promedio equivalente según nivel de tensión que se aplique en el respectivo municipio; o, si no la hay, en aquel municipio o distrito que lo tenga y cuya cabecera esté más próxima a la del municipio o distrito en el que se enajene dicha energía. El generador hará las declaraciones y pagos que correspondan, de acuerdo con los procedimientos que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas Domiciliario.

89.5. Quienes suministren o comercialicen gas combustible con terceros en forma independiente, recaudarán, en nombre de los consumidores que abastecen y aportarán, al fondo de 'solidaridad y redistribución de ingresos' de la nación (Ministerio de Minas y Energía), la suma que resulte de aplicar el factor pertinente del 20%, al costo económico de suministro en puerta de ciudad, según reglamentación que haga la Comisión de Regulación de Energía y Gas Domiciliario. El suministrador o comercializador hará las declaraciones y pagos que correspondan, de acuerdo con los procedimientos que establezca la misma Comisión.

Artículo 99. Forma de subsidiar. Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas:

99.1. Deben indicar específicamente el tipo de servicio subsidiado.

99.2. Se señalará la entidad prestadora que repartirá el subsidio.

99.3. El reparto debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar, conforme a lo dispuesto en esta ley y en las ordenanzas y acuerdos según el caso.

99.4. El presidente y los gobernadores podrán suspender a los alcaldes cuando sean negligentes en la aplicación de las normas relativas al pago de los subsidios; o cuando las infrinjan de cualquier otra manera.

99.5. Los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia. Los alcaldes y los concejales tomarán las

medidas que a cada uno correspondan para crear en el presupuesto municipal, y ejecutar, apropiaciones para subsidiar los consumos básicos de acueducto [y saneamiento básico] de los usuarios de menores recursos y extender la cobertura y mejorar la calidad de los servicios de agua potable y saneamiento básico, dando prioridad a esas apropiaciones, dentro de las posibilidades del municipio, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento de éste. La infracción de este deber dará lugar a sanción disciplinaria.

99.6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1.

99.7. Los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2; las comisiones de regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3.

99.8. Cuando los concejos creen los fondos de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y autoricen el pago de subsidios a través de las empresas pero con desembolsos de los recursos que manejen las tesorerías municipales, la transferencia de recursos se hará en un plazo de 30 días, contados desde la misma fecha en que se expida la factura a cargo del municipio. Para asegurar la transferencia, las empresas firmarán contratos con el municipio.

99.9. Los subsidios que otorguen la nación y los departamentos se asignarán, preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos. En consecuencia y con el fin de cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley para ninguna persona natural o jurídica.

99.10. Los subsidios del sector eléctrico para las zonas no interconectadas se otorgarán a los usuarios en las condiciones y porcentajes que defina el Ministerio de Minas y Energía, considerando la capacidad de pago de los usuarios en estas zonas.

Los subsidios mencionados en este artículo no podrán ser girados a los prestadores del servicio que no hayan reportado oportunamente la información solicitada a través del Sistema Único de Información (SUI).

Parágrafo 1. La tarifa del servicio público de electricidad para los distritos de riego construida o administrada por el Incora y que sean menores a 50 hectáreas, se considerarán incorporados al estrato 1 para efecto de los subsidios a que haya lugar.

[...]”.

El Decreto 1077 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”, señala:

“[...] **Artículo 2.2.3.2.6.1.1. Naturaleza del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos** para los servicios de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física. El Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos de la Nación - Ministerio de Minas y Energía, de que trata el artículo 89.3 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 4° de la Ley 632 de 2000 es un fondo cuenta especial de manejo de recursos públicos, sin personería jurídica, sujeto a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Nacional, el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y las demás normas legales vigentes; cuenta en la cual se incorporarán en forma separada y claramente identificable para cada uno de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física, los recursos provenientes de los excedentes de la contribución de solidaridad una vez se apliquen para el pago de la totalidad de los subsidios requeridos en las respectivas zonas territoriales.

Artículo 2.2.3.2.6.1.2. Funciones del Ministerio de Minas y Energía en relación con el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos. Corresponde al Ministerio de Minas y Energía en relación con el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, además de desarrollar las funciones establecidas en las leyes, las siguientes:

1. Presentar el anteproyecto de presupuesto relacionado con los montos de los recursos que se asignarán para el pago de subsidios con cargo al presupuesto general de la nación y con recursos del Fondo.
2. Determinar el monto de las contribuciones facturadas y los subsidios aplicados que se reconocerán trimestralmente a las empresas que los facturen, en el proceso de conciliación de subsidios y contribuciones de solidaridad.

3. Administrar y distribuir los recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos y/o del Presupuesto Nacional, de conformidad con las leyes vigentes.

Artículo 2.2.3.2.6.1.4. Procedimiento interno. Las entidades prestadoras de servicios públicos, efectuarán y enviarán trimestralmente al Ministerio de Minas y Energía, la conciliación de sus cuentas de subsidios y contribuciones de solidaridad, de conformidad con lo dispuesto en este artículo y la metodología establecida por el Ministerio de Minas y Energía.

a) Liquidación, reportes y validación. Los comercializadores, autogeneradores y transportadores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, efectuarán liquidación trimestral de subsidios y contribuciones por mercado de comercialización, según definiciones de mercado de comercialización para el servicio público de electricidad, mercado de comercialización para el servicio público de gas combustible distribuido por red física y mercado de comercialización en las zonas no interconectadas del presente decreto, con corte al último día de cada trimestre calendario, teniendo en cuenta los subsidios otorgados, las contribuciones facturadas, los giros recibidos de los comercializadores no incumbentes, incluyendo los rendimientos o intereses de mora, las transferencias del presupuesto de la nación y/o entidades territoriales por pagos por menores tarifas y los giros del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

Los comercializadores, autogeneradores y transportadores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, deberán reportar al Fondo de Solidaridad - Ministerio de Minas y Energía, la conciliación trimestral de sus cuentas de subsidios y contribuciones, dentro de treinta (30) días calendario siguientes al cierre del respectivo trimestre, de conformidad con la metodología establecida por este Ministerio, anexando toda la información soporte requerida, para su validación.

Dichas cuentas deberán contar con la aprobación de la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo 4. Excepto para el inciso iii) del literal b) del presente artículo, la totalidad de los rendimientos financieros generados por los superávits declarados, deberán ser girados a las empresas incumbentes o al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, calculados de acuerdo con la tasa de corrección monetaria a partir del día siguiente del cierre del trimestre calendario respectivo.

Se causarán intereses moratorios de la legislación tributaria cuando los comercializadores, autogeneradores o transportadores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, no hayan realizado los giros al comercializador incumbente o al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos después de transcurridos los plazos establecidos en el literal b) de este artículo, para cada uno de los casos

Parágrafo 5. Conforme a lo previsto en el numeral 89.6 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, los incumplimientos derivados del recaudo de los recursos legalmente asignados al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos serán sancionados, en lo pertinente, en los términos previstos en el Título III. Sanciones, del libro quinto del Decreto 624 de 1989, por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Artículo 2.2.3.2.6.1.5. Sujetos responsables de la facturación y recaudo de la contribución de solidaridad. Son responsables de la facturación y recaudo de la contribución de solidaridad, las siguientes personas:

1. Las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.
2. Las personas autorizadas conforme a la ley y a la regulación para comercializar energía eléctrica o gas combustible distribuido por red física.
3. Las personas que generen su propia energía, la enajenen a terceros y tengan una capacidad instalada superior a los 25.000 kilovatios, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.4 de la Ley 142 de 1994.
4. Las personas que suministren o comercialicen gas combustible por red física con terceros en forma independiente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.5 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo 1. Las personas de que trata este artículo deberán transferir los superávits del valor de la contribución con sujeción a las instrucciones que para el efecto le indique el Ministerio de Minas y Energía - Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

Parágrafo 2. Las personas que de acuerdo con el presente artículo recauden contribuciones de solidaridad, deberán hacer devoluciones a los usuarios de sumas cobradas por tal concepto, cuando éstos demuestren que tienen derecho a ello, según la ley, utilizando para ello el mecanismo

que para tal fin prevé el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 y harán los débitos correspondientes.

Artículo 2.2.3.2.6.1.6. Factor con el cual se determina la contribución de solidaridad. Los límites de la contribución de solidaridad en electricidad y gas combustible distribuido por red física, serán los fijados por la ley. Dentro de estos límites y de acuerdo con las necesidades de subsidio, la Comisión de Regulación de Energía y Gas por resolución podrá variar la contribución de solidaridad.

Parágrafo. La contribución de solidaridad de energía eléctrica a que están sujetas las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, por consumo de energía eléctrica que sea utilizado específicamente en las actividades operativas inherentes a la propia prestación del servicio público a su cargo, se aplicará en forma gradual, de manera que dichas empresas pagarán, a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, el 80% del total de la contribución para el año 2004, el 70% para el año 2005, el 60% para el año 2006 y el 50% para el año 2007 en adelante.

Las empresas de acueducto y alcantarillado deberán solicitar y facilitar las condiciones necesarias a la empresa que preste el respectivo servicio público de energía para separar los consumos. Al facturarles se distinguirán de los demás consumos, aquellos utilizados específicamente en las actividades operativas inherentes a la propia prestación del servicio público a su cargo.

Artículo 2.2.3.2.6.1.7. Responsabilidad de los prestadores de servicios públicos. Todo recaudador de contribuciones de solidaridad será patrimonialmente responsable y deberá efectuar el traslado oportuno de las sumas facturadas.

Es deber de los recaudadores de la contribución de solidaridad, informar trimestralmente al Ministerio de Minas y Energía - Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, acerca de los valores facturados y recaudados de la contribución de solidaridad, así como de los valores que, de acuerdo con lo dispuesto en las normas presupuestales y en las leyes 142 y 143 de 1994, y 286 de 1996, asignen los prestadores del servicio.

Los montos facturados de la contribución de solidaridad que se apliquen al pago de subsidios y no puedan ser recaudados, podrán ser conciliados contra nuevas contribuciones seis (6) meses después de facturadas. Si posteriormente se produce su recaudo, deberán contabilizarse como nueva contribución.

Artículo 2.2.3.2.6.1.8. Criterios de asignación. El Ministerio de Minas y Energía definirá los criterios con los cuales el gobierno nacional asignará los recursos del presupuesto nacional y del Fondo de Solidaridad destinados a sufragar los subsidios, teniendo en cuenta que también los municipios, departamentos y distritos podrán incluir apropiaciones presupuestales para este fin. Al definir los criterios de asignación, siempre se deberá tener en cuenta preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios recursos.

Parágrafo 1. No se podrán pagar subsidios con recursos provenientes del presupuesto nacional o del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos a aquellas empresas que no entreguen la información en la oportunidad y de acuerdo con la metodología que establezca el Ministerio de Minas y Energía.

Parágrafo 2. Cuando la entidad prestadora que se ha ceñido a las exigencias legales y regulatorias, estime que el monto de las contribuciones, de los recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos y las apropiaciones del presupuesto de la nación, de los departamentos, de los distritos y de los municipios, no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios previstos, podrá tomar medidas necesarias para que los usuarios cubran los costos de prestación del servicio.

Artículo 2.2.3.2.6.1.9. Informe de las asambleas departamentales y de los concejos municipales y distritales de la asignación de subsidios. Corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales, informar al Ministerio de Minas y Energía - Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, acerca de las apropiaciones que efectúen para atender subsidios en los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.

Parágrafo. Las decisiones que tomen asambleas y los concejos sobre cuáles servicios o cuáles estratos subsidiar, o sobre el monto de las partidas para los subsidios, en ningún caso impedirán que se cobre la contribución de solidaridad a los usuarios que, según la ley, están sujetos a ella.

Artículo 2.2.3.2.6.1.10. Transferencias efectivas de las entidades prestadoras de los servicios públicos. Sin perjuicio del cumplimiento de las normas presupuestales sobre apropiaciones y ordenación del gasto, las transferencias efectivas de dinero de las entidades prestadoras de

servicios públicos al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos por concepto de contribuciones de solidaridad sólo ocurrirán cuando se presente superávit, después de compensar internamente los recursos necesarios para otorgar subsidios, las contribuciones facturadas en su mercado de comercialización y las recibidas de otros comercializadores, del presupuesto nacional, de los presupuestos departamentales, distritales o municipales y/o del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos con el monto de los subsidios facturados en un trimestre.

Artículo 2.2.3.2.6.1.11. Obligación de los prestadores de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física de estimar las contribuciones y de informar a la nación y demás autoridades competentes para decretar subsidios. Los prestadores de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física, tienen la obligación de estimar el producto de las contribuciones de solidaridad que razonablemente esperan facturar en la vigencia fiscal inmediatamente siguiente y suministrar tal información a más tardar la última semana del mes de abril del año anterior a que se inicie dicha vigencia fiscal al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, y a las autoridades departamentales, distritales y municipales y que, según el artículo 368 de la Constitución Política, pueden decretar subsidios, con el fin de que éstas las tengan en cuenta al preparar sus presupuestos para la asignación de recursos para subsidiar tales servicios.

Artículo 2.2.3.2.6.1.13. Aplicación a los distritos, municipios y departamentos. Los departamentos, distritos y municipios aplicarán, en sus territorios, normas iguales, en lo pertinente, a las de este decreto, cuando haya situaciones relacionadas con subsidios que deban aplicar y que no hayan sido objeto de reglamentación especial. [...]”.

La Ley 632 de 2000, “por la cual se modifican parcialmente las leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996”, dispone:

“[...] Artículo 4°. Utilización de excedentes del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos - sectores eléctrico y gas natural distribuido por red física. Los excedentes que se presenten en el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos del sector eléctrico,

luego de cubrir los déficits validados desde el 1° de enero de 1998, se utilizarán para financiación de obras de electrificación rural, incluyendo el costo de conexión y medición del usuario.

Los excedentes que se presenten en el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos del sector gas natural distribuido por red física, luego de cubrir los déficits validados desde el 1° de enero de 1997, se utilizarán para financiar programas que conduzcan a incrementar su cobertura en estratos 1, 2 y 3 incluyendo la conexión y medición del usuario.

Artículo 5°. Administración de recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos - sectores eléctrico y gas natural distribuido por red física. Los recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos - sectores eléctrico y gas natural distribuido por red física, podrán ser administrados mediante fiducia o contratando directamente su manejo con un fondo público de carácter financiero con facultad para hacerlo.

Artículo 6°. Contabilización de contribuciones de solidaridad de las empresas de energía y gas. Las contribuciones de solidaridad reguladas en las leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996, se contabilizarán por el monto facturado por las empresas.

Los montos facturados de la contribución de solidaridad que se apliquen a subsidios y no puedan ser recaudados, podrán ser conciliados contra nuevas contribuciones seis (6) meses después de facturados. Si posteriormente se produce el recaudo, deberán contabilizarse como nueva contribución.

No se podrán girar recursos para pagar subsidios con recursos provenientes del presupuesto general de la nación o del 'Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos' a aquellas empresas que no entreguen la información en los términos y la oportunidad señalada en el reglamento que para tal efecto expida el Ministerio de Minas y Energía.

Si el cálculo del excedente que reporte una empresa es inferior al excedente estimado por el Ministerio de Minas y Energía se girará inicialmente a las empresas que presenten déficit en la misma zona territorial o al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, según el caso, el monto del excedente estimado por la empresa. Si en el término de tres (3) meses, contados desde la fecha en que se emitió la instrucción de giro por parte del Ministerio de Minas y Energía, la empresa no ha justificado, a juicio de este,

la diferencia entre las estimaciones del Ministerio y las suyas, deberá girar a las empresas de la misma zona territorial o al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, el monto de la diferencia entre el primer giro realizado y el valor estimado por el Ministerio de Minas y Energía como excedente, con los intereses corrientes generados hasta la fecha que se efectúe el giro.

Artículo 8°. Consumo de subsistencia. El Ministerio de Minas y Energía, por intermedio de la Unidad de Planeación Minero-Energética, determinará para los sectores eléctricos y gas natural distribuidos por red física, qué se entiende por consumo de subsistencia, así como el período de transición en el cual este se deberá ajustar. [...]”.

Jurisprudencia

Las altas cortes se han pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el contenido y alcance del artículo 355 de la Constitución Política, determinando que la prohibición allí establecida no es absoluta, debido a que admite excepciones que se legitiman dentro del marco de un Estado social de derecho.

En Sentencia C-150 de 2003²⁶, la Corte Constitucional manifestó que

“la solidaridad en materia de servicios públicos implica la clasificación de los usuarios en categorías, según los distintos niveles de capacidad económica con el fin de que los de menores ingresos tengan, en proporción al servicio recibido, tarifas menores a las de quienes tienen mayor capacidad de pago.

En este orden de ideas, al incluir en la tarifa los costos de expansión, el regulador deberá tener en cuenta el principio de solidaridad para que este costo adicional sea distribuido entre los usuarios de tal manera que se valore su diferente capacidad económica y se impida que tales costos recaigan en los usuarios actuales de menores ingresos en lugar de ser asignados de tal forma que los actuales usuarios de mayores ingresos sean quienes asuman proporcionalmente una carga mayor de financiación de la expansión. Lo an-

²⁶. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno, 3 de marzo de 2011.

terior no obsta para que todos, también en virtud del principio de solidaridad, asuman una parte de estos costos de expansión, en la proporción y en el momento que, dentro del marco constitucional y legal, defina la comisión de regulación competente”.

Posteriormente, mediante sentencia del 3 de marzo de 2011²⁷, el Consejo de Estado determinó:

“[...] Ha de señalarse que el otorgamiento de subsidios con cargo a los presupuestos PÚBLICOS con el fin de asegurar la prestación eficiente y efectiva de servicios PÚBLICOS domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, en realidad constituye un deber a cargo de la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, DENTRO DEL LÍMITE DE SUS POSIBILIDADES PRESUPUESTALES Y RESPECTIVAS CAPACIDADES FINANCIERAS. Sólo en la medida en que ese deber ser efectivamente atendido y satisfecho, el Estado podrá atender el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios PÚBLICOS a todos los habitantes del territorio nacional; sólo de esa manera podrá asegurarse el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población [...].

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales relativos a los alcances del artículo 355 superior, se encuentra la Sentencia C-507 de 2008, según la cual:

“La Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos, lo que no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario. En un Estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución, y para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales: en primer lugar, debe respetar el principio de legalidad del gasto; en segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el

²⁷. Providencia del 25 de febrero de 2003, Expediente D-4194, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión, y tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice; por último, debe respetar el principio de igualdad”.

Concepto

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia previamente citadas, es dable establecer que el marco general constitucional faculta el otorgamiento de subsidios en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios; lo anterior sin desconocer que el artículo 355 de la Constitución Política dispone que ninguna de las ramas y órganos del poder público podrán decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que el artículo 368 supra establece 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 básicas²⁸, situación que evidentemente constituye una excepción a la regla contenida en el mencionado artículo 355.

Ahora, en concordancia con la Ley 142 de 1994, corresponde al Estado intervenir en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia trazadas en esa norma, con el propósito de ampliar la cobertura para apoyar la compensación de las insuficiencias de la capacidad de pago de los usuarios. Si bien es cierto la Constitución Política omite el señalamiento taxativo de los beneficiarios, dichos aspectos fueron regulados por el legislador a través de diferentes leyes y desarrollos reglamentarios con el fin de asegurar la prestación eficiente y efectiva de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos.

²⁸. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno, 3 de marzo de 2011.

Por otra parte, es necesario anotar que el cobro de las contribuciones de solidaridad en el sector de energía y gas revisten el carácter de un tributo del orden nacional, enfatizando que la obligación de aportar recursos presupuestales por parte de la nación o de las entidades territoriales solamente es exigible en caso de que los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos no sean suficientes para el cumplimiento de su cometido²⁹.

En conclusión, tal y como se ha reseñado en el presente documento, la legislación y normatividad vigente prevén una orientación tendiente a beneficiar a las personas de menores recursos, esto es, usuarios de inmuebles residenciales y de las zonas rurales de los estratos 1 y 2, siendo competencia de las comisiones de regulación definir las condiciones para que se les puedan otorgar a los usuarios del estrato 3; no obstante lo anterior y al no existir prohibición taxativa en el ordenamiento jurídico colombiano, en términos de la providencia del Consejo de Estado del 19 de abril de 2007, la ley consagra la intervención del Estado en los servicios PÚBLICOS domiciliarios donde

“la nación, las entidades territoriales y las descentralizadas están autorizadas a destinar recursos para otorgar subsidios para los servicios PÚBLICOS domiciliarios. [...]

De manera que, incluso, tratándose de los servicios PÚBLICOS de energía eléctrica, telefonía y gas, también existe la obligación de que los subsidios sean cubiertos por las diferentes entidades estatales”.

En conclusión, el otorgamiento de diferentes subsidios de similar naturaleza es posible siempre y cuando se observen los límites establecidos para la contribución de solidaridad, así como el porcentaje en subsidios fijados por la ley, que, por ejemplo, para el caso de energía y gas fue fijado en el artículo 3° de la Ley 1117 de 2006, modificado por el artículo 1° de la Ley

29. Concepto Unificado 25, Oficina Asesora Jurídica, Superintendencia de Servicios Públicos.



CUNDINAMARCA
unidos podemos más

1428 de 2010, disposición según la cual en ningún caso, para el estrato 1, el porcentaje del subsidio podrá ser superior al 60% del costo de la prestación del servicio y para el estrato 2 este límite máximo se estableció en el 50%, sin que estos límites sean de recibo en las zonas no interconectadas.

Bibliografía

- ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ (2017). Guía para la contratación transparente en el Distrito.
- CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA (2016). Manual de buenas prácticas.
- Circular Única Colombia Compra Eficiente.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2004). Manual de buenas prácticas de la gestión contractual pública.
- Manual de seguridad y salud en el trabajo.
- MANUALES Y GUÍAS DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Secretaría General Presidencia de la República (2016). Manual de buenas prácticas.
- DIRECCIÓN JURÍDICA DISTRITAL (2013). Manual de entidades sin ánimo de lucro (ESAL).
- GIRALDO ÁNGEL, J. (2013). Metodología y técnica de la investigación jurídica (2.ª ed.). Librería Ediciones El Profesional Ltda., p. 129.
- Cañón Ramírez, P. A. (2009). Práctica de la prueba judicial. Bogotá, D. C. Ediciones ECOE.
- Derecho probatorio. Mi Clase, Colección Universitaria. Legis, pp. 5 y 6.
- SAVIGNY, F. (1879). Sistema de derecho privado romano (trad. de J. Mesía y Manuel Poley). Tomo II. Madrid, p. 63.
- GIRALDO ÁNGEL, op. cit., p. 157.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, A. (2015). Introducción al derecho (2.ª ed.). Librería Ediciones El Profesional Ltda., p. 97
- GUERRERO MACÍAS, S. P. & MUÑOZ RIAÑO, J. E. (2014). Alcance del precedente judicial en las actuaciones administrativas. Universidad Militar Nueva Granada
- PALACIO HINCAPIÉ, J. A. (2017). Derecho procesal administrativo. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Sitios web

- <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12250>
- <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Alcances%20de%20la%20Ley%201276%20de%202009.pdf>
- https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf
- https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf
- <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/154-plantillaasuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-7#pol%C3%ADticas>
- http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/Sello_ambiental_colombiano/guia_compras_publicas_sostenibles.pdf
- https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf