CG-155

Secretaría
General

Compilación Conceptos 2007

Dirección Jurídica Distrital
Secretaría General

PREMIO NACIONAL DE
ALTA GERENCIA
BANCO DE EXITOS

BOG
BOGOTÁ
POSITIVA

GOBIERNO DE LA CIUDAD

Alcalde Mayor de Bogotá
SAMUEL MORENO ROJAS

Secretario General
YURI CHILLÁN REYES

Subsecretario General
LUIS MIGUEL DOMÍNGUEZ GARCÍA

Directora Jurídica Distrital
MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO

Subirector de Conceptos
MANUEL ÁVILA OLARTE

Equipo de Profesionales
XIMENA AGUILLON MAYORGA
SILVIA MODESTA APONTE PENSO
ORLANDO CORREDOR TORRES
ELVIRA LILIANA HERNÁNDEZ LIBREROS
NUBIA STELLA ORTIZ
ZULMA ROJAS SUÁREZ
LUIS RICARDO GÓMEZ PINTO
ROSMIRA ESTHER GÓMEZ RUIZ
SANDRA HELENA MEJÍA GARCÍA
NOHORA PATRICIA RODRÍGUEZ BARRERA

Secretarias
LUCY ARIZA MENJURA
MARTHA LUZ QUIROGA DE GAMBOA

ISBN: 978-958-717-035-1
Diseño y Diagramación
ANDREA DESCANS CASTRO

Impresión
SUBDIRECCIÓN DE IMPRENTA DISTRITAL

© 2008

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.
Secretaría General

BOG
BOGOTÁ POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD

INTRODUCCIÓN

Según una definición bastante elemental y simple, la política es el arte de dirigir a los pueblos. Sin embargo, la política también es el arte de procurar la participación de la ciudadanía, en un marco claro de reglas y normas convenidas. Y para que esa actividad administrativa sea capaz de desarrollarse con capacidad innovadora es crucial que las normas sean claras y transparentes, y –por supuesto- que se cumplan rigurosamente, es decir, que haya seguridad jurídica. La explosión innovadora e inversora que se produjo en Inglaterra a partir del siglo XVIII fue la consecuencia de que a finales del siglo anterior, con la llamada Revolución Gloriosa -que consolidó el poder parlamentario- se produjera un cambio sustancial en los derechos económicos de los ciudadanos y se consagrara la independencia de los poderes que tienen que velar por esos derechos.

Desde entonces, el ejercicio de la función pública requiere –indefectiblemente- de un análisis permanente y el debate de múltiples temas, en los cuales intervienen tanto los gobernantes como los gobernados. La toma de decisiones usualmente se apoya o está precedida de pronunciamientos jurídicos; sin estos sería imposible el adecuado funcionamiento del aparato estatal, en cualquier sociedad moderna. Dentro de este marco de legalidad y participación ciudadanas, la nueva administración del alcalde Samuel Moreno Rojas busca construir y materializar una ciudad incluyente, emprendedora, productiva y con más oportunidades; filosofía contemplada en su programa de gobierno, denominado "Bogotá Positiva", en el que son fundamentales el respeto y acatamiento a la normatividad jurídica.

Justamente, y con el propósito de que se conozcan los principales pronunciamientos jurídicos que marcaron un hito en materia de política y gestión pública durante el 2007, aprovecho la ocasión para presentar a los bogotanos y bogotanas el libro "Compilación Conceptos 2007", que recoge los pronunciamientos emitidos por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la Dirección Jurídica Distrital – Subdirección de Conceptos, cumple un papel trascendental, apoyando con sus conceptos legales a las diferentes entidades y dependencias que conforman la estructura de la Administración Distrital.

Si el lector hace un recorrido por la obra encontrará temas que son interesantes por su grado de complejidad e impacto, tales como la política poblacional del Distrito Capital para grupos vulnerables, entre ellos los desplazados e indigentes, y las alternativas jurídicas para la recuperación de bienes de propiedad del Distrito. Las posiciones jurídicas que se dan a conocer constituyen un aporte valioso al proceso evolutivo e histórico del Distrito Capital, y permiten a los ciudadanos y a las demás entidades de la Administración tener en cuenta conceptos en diversas materias: licencias de construcción, espacio público y el rigor subsidiario ambiental, etc.

A partir de este compendio, la Administración Distrital inicia su tarea de divulgación de su Plan de Gobierno. Invito a todos los funcionarios a que aúnen sus esfuerzos en su compromiso de hacer realidad la "Bogotá positiva".

YURI CHILLÁN REYES

Secretario General

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 3

DERECHO URBANISTICO 9

Consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con la ejecución de las sanciones administrativas de demolición por infracción al régimen urbanístico. 9

Requerimiento de acción de cumplimiento sobre licencias de construcción para establecimientos de comercio. Aplicación de las Leyes 232 de 1995 y 962 del 2005. 26

Documentación y condiciones para adelantar procesos de urbanismo y construcción en zonas de amenaza o riesgo alto y medio. 38

ESPACIO PÚBLICO 47

Improcedencia de la caducidad en antejardines. 47

Alumbrado público en Unidades Inmobiliarias Cerradas e Inventarios. 56

Uso de Antejardines para venta de bebidas embriagantes. 64

Mantenimiento de monumentos no considerados bienes de interés cultural. 70

DERECHO AMBIENTAL 79

Infracciones al Código Nacional de Tránsito Terrestre por violación de normas ambientales. 79

Coadyuvancla de la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 63 parcial de la Ley 99 de 1993. Expediente con Radicado # 6677. 91

MOVILIDAD 105

Normatividad sobre reposición de taxis. 105

LOCALIDADES 113

Comité Local de Desplazados 113

Renuncia presentada al cargo de Edil ante el Alcalde Mayor de Bogotá 116

Régimen aplicable a Honorarios de Ediles en el Distrito Capital 118

Inhabilidad de un empleado público para integrar la Junta Administradora Local 128

DERECHO ADMINISTRATIVO 135

Solicitud de Consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con la autorización para la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital. 135

Contrato de Arrendamiento No. 039 de 1992 Parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho El Campin. Oficio 038675-05- OTT´06. 143
Caducidad de la Facultad Sancionatoria 157
Competencias y registros contables en adquisición de inmuebles por procesos de expropiación. 167
Directiva 006 de 2006 del Alcalde Mayor de Bogotá sobre procedencia de acciones de repetición. ... 170

CONTRATACION ESTATAL 177

Entrega de Bienes a comedores comunitarios de la Localidad de Fontibón 177

Aplicación de la Directiva No. 007 de 2007, expedida por el Alcalde Mayor D.C. Democratización de la Contratación en Bogotá. 183

Convenio interadministrativo traslado de bienes muebles y cartera de las plazas de mercado distritales al IPES. 188

Solicitud de unificación de criterios y directriz sobre la constitución de la póliza global de manejo. 193

LABORAL ADMINISTRATIVO 199

Nombramientos Provisionales en vigencia de la Ley de Garantías. 199

Reintegro de un funcionario por orden judicial. 205

Suspensión provisional de la Alcaldesa Local de Ciudad Bolívar, ordenada por la Contraloría Distrital 211

Régimen salarial empleados públicos Fundación Gilberto Alzate Avendaño. 217
Aplicabilidad del Acuerdo 276 de 2007 -Reconocimiento por Permanencia en el Servicio. 223

Viabilidad de reconocimiento y pago de la diferencia salarial como consecuencia de un encargo cuando la titular del cargo se encuentra en incapacidad. 227

Liquidación y pago de recargos nocturnos, horas extras, dominicales, festivos y el disfrute de compensatorios. 235

Viabilidad de Comisión para empleo provisional 240

Viabilidad de pago horas extras a bomberos por asistencia a capacitación. 244

Fuero Sindical Comisión de Quejas y Reclamos Artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo 250

Retiro del servicio por edad de retiro forzoso 256

DASCD 261

Período de prueba frente a la Ley de Garantías 261

DERECHO POLICIVO 267

Reglamento de Espectáculos Taurinos en el D.C, -Menores de edad 267

Ingreso al Estadio Nemesio Camacho El Campín a partidos de fútbol. 285
Recurso de apelación contra las decisiones de los comandantes de estación. 292
Recurso de queja contra providencia del Consejo de Justicia de Bogotá. 301
Cumplimiento de fallo de Policía - Aplicación del artículo 198 del Código Nacional de Policía. 304
Competencia para solicitar el reembolso de los gastos en la demolición. 316
Práctica de Lanzamiento por ocupación de hecho - Allanamiento. 321

PERSONAS JURÍDICAS SIN ÁNIMO DE LUCRO.....331

Régimen jurídico que establece competencia para inspección, vigilancia y control de entidades sin ánimo de lucro. 331

Régimen aplicable a designación de Liquidador de la Fundación para la Educación Creativa Fecrea. 350

DERECHO DISCIPLINARIO.....357

Competencia para adelantar dos procesos disciplinarios, que se iniciaron en el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, hoy Secretaría del Ambiente y se trasladaron a la Secretaría del Hábitat. 357

Competencia de las oficinas de Control Interno Disciplinario para ordenar como medida accesoria el resarcimiento del daño patrimonial al Estado. 363

Aplicación de normatividad disciplinaria..... 379

PROPIEDAD HORIZONTAL 391

Proceso de registro y certificación de la persona jurídica denominada Conjunto Residencial Modelo II, Edificio 1ª, Torres A y B. 391

DERECHO URBANISTICO

Radicado de salida 2-2007-32535 22-06-07

Doctor
CARLOS HOLGUÍN SARDI
MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA
Avenida Jiménez No. 8-89
Ciudad.

Asunto. *Solicitud de Consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con la ejecución de las sanciones administrativas de demolición por infracción al régimen urbanístico. Radicación No. 1-2007-27343.*

Reciba un cordial saludo, Doctor Holguín.

De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 270 de 1996, muy respetuosamente solicito a usted se eleve consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con el objeto de que esa Corporación se pronuncie sobre los alcances de las facultades que le asisten a los Alcaldes Locales para ejecutar las órdenes administrativas de demolición impuestas mediante actos administrativos por infracción al régimen urbanístico.

El objeto de la consulta se encamina a establecer la posibilidad o no de ingresar a los predios privados mediante el uso de la fuerza, cuando sus propietarios son renuentes a cumplir las órdenes de demolición impuestas por parte de los Alcaldes Locales y/o demás autoridades administrativas y policivas locales.

En la actualidad existen múltiples actuaciones policivas originadas por infracciones a la norma urbanística, así como sanciones ejecutoriadas donde se ordena la demolición de las obra a cargo del infractor, pese a esto en la mayoría de los casos los particulares no acatan la sanción siendo procedente la demolición a cargo de la Administración, sin que se logre el consentimiento de la parte sanciona dentro de la querella policiva.

Sobre este particular, nos permitimos presentar de forma respetuosa los análisis que se han realizado en torno al tema de la consulta, de los cuales surgen las siguientes dos tesis que justifican, por la importancia del tema, conocer la opinión jurídica de la Sala de Consulta. Estas tesis han sido expuestas por varias autoridades distritales y nacionales, las cuales se anexan.

I. TESIS: IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LAS ÓRDENES DE DEMOLICIÓN

1.MARCO LEGAL DE LAS MEDIDAS DE DEMOLICIÓN COMO SANCIÓN A LA NORMA URBANÍSTICA

La ley 388 de 1997 "por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones"[1], establece dentro del artículo 103, las infracciones urbanísticas señalando en el parágrafo 1 que *"Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan incluyendo los planes parciales, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil y penal de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas".*

El numeral 5 del artículo 104 de la ley 388 de 1997, señala como sanción urbanística *"La demolición total o parcial de las obras desarrolladas sin licencia, o de la parte de las mismas no autorizada o ejecutada en contravención a la licencia, a costa del interesado, pudiéndose cobrar por jurisdicción coactiva si es del caso, cuando sea evidente que el infractor no se puede adecuar a la norma".*

La competencia, para imponer la sanción está en cabeza de los alcaldes locales, de conformidad con el numeral 9 del artículo 86 del Decreto Ley 1421 de 1993; el inciso 4 del artículo 103 de la Ley 388 de 1997[2] y el numeral 13.3 del artículo 193 del Código de Policía de Bogotá.

Igualmente, para la imposición de las sanciones urbanísticas, el artículo 108 de la ley 388 de 1997 remite al procedimiento del libro Primero del Código Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 65 señala *"Cuando un acto administrativo imponga una obligación a un particular y éste se resistiere a cumplirla, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado (...) Si fuere posible que la administración o un agente suyo ejecuten los actos que corresponden al particular, lo harán a costa de éste, si continuare en rebeldía".*

---

1 Modificada por la Ley 810 de 2003 Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones

2 Artículo 103. Infracciones urbanísticas. Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan incluyendo los planes parciales, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil y penal de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas

...En el caso del Distrito Capital, la competencia para adelantar la suspensión de obras a que se refiere este artículo, corresponde a los alcaldes locales, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Distrito Capital.

2. OBLIGATORIEDAD Y EJECUTORIEDAD DE LA SANCIÓN DE DEMOLICIÓN

Con fundamento en las disposiciones citadas en el punto anterior, previo procedimiento administrativo, la autoridad local se encuentra facultada legalmente para imponer sanción urbanística de demolición al responsable de desarrollar obras o construcciones sin la correspondiente licencia o en contravención a la misma, cuando sea evidente que no es posible adecuarse al régimen urbanístico y de obras.

La orden de demolición impuesta mediante acto administrativo, será obligatoria tanto para el administrado en calidad de responsable de la infracción urbanística, como para la Administración, la cual podrá ejecutarla a costa del interesado conforme lo dispone la Ley 388 de 1997 y el Código Contencioso Administrativo, artículo 65.

Respecto a los fenómenos de ejecutoriedad y obligatoriedad de los actos administrativos la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia T-382/95, considerando lo siguiente:

> *" La ejecutoriedad hace referencia a que determinado acto administrativo, cuya finalidad es producir determinados efectos jurídicos, se presume expedido con base en los elementos legales para su producción y en consecuencia es obligatorio para el administrado y la administración, razón por la cual puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de la intervención de otra autoridad del Estado.*
>
> *En nuestra opinión la ejecutoriedad y la ejecutividad actúan en dos planos distintos: la primera hace a las facultades que tiene la Administración para el cumplimiento del acto administrativo, sin intervención judicial, utilizando excepcionalmente la coacción; la ejecutividad en cambio se refiere al título del acto en el plano procesal, siendo ejecutivo -conforme a todo nuestro ordenamiento jurídico procesal- aquel acto que, dictado con todos los recaudos que prescriben las normas legales, otorguen el derecho procesal de utilizar el proceso de ejecución. El título ejecutivo del acto administrativo, no es pues en nuestro país la regla o el principio, sino la excepción y debe hallarse fundado en norma legal. Por otra parte, a diferencia del derecho privado, donde la creación del título ejecutivo proviene del obligado, la Administración Pública (cuando la norma legal la autoriza) es quien crea unilateralmente el título ejecutivo, siendo éste el rasgo fundamental que caracteriza la ejecutividad del acto administrativo."[3][8]*
>
> *(...)*

3 (8) Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, T.II, Pág 357

Por obligatoriedad se entiende la necesidad de acatamiento de los efectos jurídicos que se generan a consecuencia del mismo. Abarca tanto a los terceros como al propio ente público y a los demás. Esta obligatoriedad, de manera alguna se restringe en cuanto a su aplicación a los administrados, por el contrario, tal exigencia se extiende a la administración."

3. EJECUCIÓN OPERATIVA DE LA ORDEN DE DEMOLICIÓN LEGITIMIDAD PARA INGRESAR A LOS PREDIOS

A pesar de las normas mencionadas sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos (Numeral 5 artículo 2 de la ley 810 de 2003, artículo 65 del C.C.A. y artículo 236 del Acuerdo 79 de 2003), mediante los cuales se imponga sanción de demolición, y a la firmeza de los mismos, surge duda razonable frente a su ejecución operativa.

Lo anterior, puesto que sin existir duda frente a la legitimidad y legalidad de la orden de demolición, sí surge cuestionamiento al enfrentar la obligación a cargo de la administración para dar cumplimiento a lo ordenado, con los derechos fundamentales en cabeza de los propietarios de los inmuebles objeto de la sanción.

La Constitución Política en su artículo 28, dispone como derecho de todas las personas el que su domicilio no sea registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Para el caso especifico, la demolición de los inmuebles que han sido objeto de sanción urbanística, ha originado en las Alcaldías Locales dificultad en su ejecución, cuando los propietarios son renuentes a cumplir con la orden de demolición, puesto que ellos se rehúsan a permitir el ingreso a las edificaciones, impidiendo que se lleven a cabo las diligencias por parte de la Administración, alegando violación y registro a su domicilio.

La problemática que encuentran los Alcaldes Locales al llegar al lugar señalado para la ejecución de la demolición, es que una vez proceden a golpear, con el fin de informar al residente sobre el motivo de la diligencia, la mayoría de las veces no se obtiene respuesta alguna y en otras los ocupantes se niegan a abrir la puerta, situación que imposibilita su ejecución.

Para estos casos, la Secretaría Distrital de Gobierno dispone del apoyo logístico, pero al impedirse el ingreso a los predios, la diligencia no se puede cumplir, acarreando el gasto que representa el envío de personal y maquinaria solicitados por las Alcaldías Locales.

Ante esta situación, las autoridades locales, no encuentran facultades claras y expresas que les permitan ordenar el ingreso a dichos inmuebles, máxime cuando no se encuentran en alguna de las causales de allanamiento previstas en la ley, y por no tener investidura de autoridad judicial.

4. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO – PRINCIPIO DE LA RESERVA JUDICIAL

El Código Nacional de Policía dispone lo siguiente en torno al acceso al domicilio o sitio privado:

> *ARTÍCULO 72.- La policía amparará en todo momento la inviolabilidad de domicilio y de sitio no abierto al público, con el fin de garantizar a sus moradores la protección a la intimidad a que tienen derecho.*
>
> *ARTÍCULO 73.- El acceso al domicilio o a sitio privado donde se ejerza trabajo o recreación familiar, requiere consentimiento de su dueño o de quien lo ocupe.*
>
> *ARTÍCULO 77.- Cuando por aviso o por destinación especial la entrada a un recinto esté sujeta a condición, el que la viole podrá ser expulsado inmediatamente por la policía a solicitud del morador.*
>
> *ARTÍCULO 78.- La policía y los demás funcionarios a quienes la ley faculte expresamente para allanar domicilios o sitios cerrados donde se ejerzan actividades privadas, podrán hacerlo, pero solo a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*
>
> *ARTÍCULO 79.- El mandamiento de registro de domicilio o sitio no abierto al público será la providencia escrita en donde se exprese con la mayor precisión el lugar de que se trate, los fines del registro, el día y la hora para llevarlo a cabo y la facultad de allanar en caso de resistencia.*
>
> *ARTÍCULO 80.- La diligencia de registro de domicilio que deba practicar la policía, se llevará a cabo de ordinario en horas hábiles de trabajo. Cuando las circunstancias lo exijan, podrá hacerse en cualquier hora del día o de la noche. Antes de utilizar la fuerza, se requerirá al morador para que permita la entrada.*

Por su parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado frente al alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, así como a las condiciones constitucionales y legales para la penetración o ingreso al mismo[4]:

> *"El artículo 28 de la CP reconoce el derecho a la "libertad de domicilio e inviolabilidad del domicilio", como una de las más genuinas y preciadas manifestaciones específicas de la libertad personal. El normal desenvolvimiento de la persona y la necesidad de intimidad, llevan al individuo y a la familia a establecer una serie de relaciones más o menos duraderas con ciertos ambientes y lugares físicos que, en*

4 Sentencia No. C-041/94 Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

su conjunto, por constituir privilegiadas proyecciones espaciales de su personalidad y sede de sus afectos, sentimientos, esfuerzos y actividades, traducen una esfera propia de autonomía personal que debe estar a cubierto de cualquier tipo de intrusión, molestia, interferencia o invasión externa. El objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio es el de proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona.

La interdicción al ingreso coactivo de terceros y de la autoridad pública y al registro del domicilio fuera de las taxativas excepciones que contempla la norma constitucional, es el principal medio que garantiza la privacidad, interés y necesidad del individuo que dentro del espacio que él elija debe asegurarse y rodearse de inmunidad frente a todo tipo de intromisiones y agresiones externas, pues no se trata simplemente de resguardar un sitio o ubicación física sino de preservar la condición de posibilidad de su misma intimidad, lo que no es posible sin reservar un espacio aislado de las influencias y actos provenientes del entorno social y de la autoridad y que sólo esté sujeto al control de la persona que hace del mismo un reflejo personalísimo de su propio ser. De ahí que la definición constitucional de domicilio exceda la noción civilística y comprende, además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia.

La tutela constitucional del domicilio es semejante a la que se discierne a la libertad personal. En efecto, todo ***registro o penetración*** *en el domicilio no puede llevarse a cabo sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (CP art. 28). Excepcionalmente, se excusa el mandamiento escrito de autoridad judicial. La Constitución permite a los agentes de la autoridad, para el acto de la aprehensión, ingresar en el domicilio del delincuente sorprendido en flagrancia que allí se ha refugiado; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador (CP art. 32).*

La exigencia del mandamiento escrito de autoridad judicial representa para la persona la garantía de que una instancia imparcial y alejada de la administración, examinará en los términos de la ley y del caso concreto la ***procedencia de ordenar la entrada coactiva a su domicilio.*** *De lo contrario, el derecho a la inviolabilidad del domicilio quedaría a merced de la administración y desaparecería como tal. No cabe duda que franqueada esta vía cada agencia administrativa encontraría, en su*

respectivo campo, razones de interés general para subordinar el interés particular de la intimidad que subyace a este derecho fundamental.

El mandamiento judicial, de otra parte, sólo puede librarse para alcanzar objetivos específicos y precisos que correspondan al supuesto legal. "Los motivos" y "los casos" en los que se admite su expedición, no pueden ser vías generales a través de las cuales se acceda indiscriminadamente a la vida privada de una persona. No tendría sentido esta garantía constitucional, si el legislador, en lugar de fijar con claridad y exactitud las taxativas hipótesis de registro domiciliario, regulara la materia con latitud. Igualmente, perdería eficacia el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, si el juez emite una orden de registro cuya finalidad no se encuentre escrupulosamente delimitada y su motivo debidamente individualizado y declarado.

La regulación ***legal*** *de los casos y los motivos que pueden justificar un mandamiento judicial de registro domiciliario, al igual que el procedimiento y las* ***formalidades,*** *que deben observarse, responden al diseño central de la garantía que asegura la vigencia de este derecho. En primer término, la persona no queda sujeta a la reducción de su derecho como consecuencia de la actividad reguladora o coordinadora de la administración, ni siquiera de la encargada de la función policiva. En segundo término, la generalidad de la ley previene un tratamiento inequitativo y desigual entre las distintas esferas de autonomía y libertad de los sujetos. En tercer lugar, el procedimiento de adopción de la ley, reviste de legitimidad democrática sus limitaciones y desarrollos". (Subrayado y negrillas fuera del texto)*

De lo expuesto, es claro que la Constitución en su artículo 28 establece una ***reserva judicial*** que beneficia al derecho fundamental a la inviolabilidad al domicilio, debido a la exigencia de los requisitos allí señalados. Partiendo del postulado constitucional, sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para ordenar el registro o penetración del domicilio. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu propio, de emitir o ejecutar dicha orden, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente.

Por ende, la ***reserva judicial*** a la que hace remisión el artículo constitucional excluye la posibilidad que una autoridad administrativa ordene o ejecute el ingreso o penetración en domicilio sin el lleno de los requisitos exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental.

Como consecuencia de esta tesis, una vez en firme la orden de demolición dictada por la autoridad de Policía, ésta no podría cumplirse de conformidad con lo anteriormente expuesto.

II. TESIS: POSIBILIDAD DE EJECUTAR LAS ÓRDENES DE DEMOLICIÓN

1. LA DEMOLICIÓN COMO MEDIDA CORRECTIVA Y SU EJECUCIÓN A LA LUZ DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA

El Código Nacional de Policía, señala que todo el que realice contravención de policía será responsable, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad y enajenación mental; en particular prevé en el artículo 186 como medida correctiva la demolición de la obra[5] y el artículo 198 establece que en caso de incumplimiento de la demolición, por el responsable de ésta, la construcción o reparación, se hará por empleados municipales a costa del infractor.

Por su parte el Código de Policía de Bogotá, Acuerdo 79 de 2003, en el artículo 23, señala que quienes adelanten obras de construcción, además de observar todas las normas sobre construcción de obras y urbanismo, deberán obtener los conceptos previos y las licencias a que haya lugar.

Como se observa, la demolición hace parte de las medidas correctivas, la cual debe ser impuesta, en el caso específico, como consecuencia de una infracción urbanística, siguiendo el procedimiento administrativo señalado en la ley y garantizando la aplicación efectiva del debido proceso de los querellados y una controversia de los hechos argumentados en la defensa, dentro de la actuación de policía que se lleva a cabo.

En consecuencia y como sanción que se determina por la misma ley, el Alcalde Local, una vez en firme la decisión, deberá ejercer la actividad de policía, esto es, la ejecución de la función de policía, la cual amerita dependiendo de los casos un ejercicio reglamentado y proporcional de la fuerza. Es decir materializar la utilización de una medida correctiva en cabeza de la administración, pero a cargo del querellado, con posterioridad al incumplimiento o renuencia del infractor a realizar la respectiva demolición de la obra.

Vale la pena resaltar, que una vez impuesta la respectiva medida y en firme la decisión, a los querellados no les asiste el derecho de oponerse a la medida correctiva, pues precisamente es dentro del proceso de policía que se tiene la oportunidad procesal o extraprocesal para ejercer toda la carga de prueba y controvertir el acto publicitado ejerciendo los recursos de ley. Sin embargo es de señalar que la ejecución de la medida tiene un límite impuesto por la ley, en el sentido de aplicarse dentro del término concedido en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, antes de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos.

2. ALLANAMIENTO Y DEMOICIÓN DE LA OBRA

De conformidad con la definición de la palabra allanamiento, ésta contiene los siguientes significados:

> "***Allanamiento.*** *m. Acción y efecto de allanar o allanarse. ll 2. Acto de conformarse*

5 La demolición como sanción a la infracción urbanística se encuentra consagrada en el artículo 103, numeral 5 del artículo 104 y 108 de la ley 388 de 1997.

con una demanda o decisión. ll 3. Am. Registro policial de un domicilio. ll ~ de morada. m. Der. Delito que comete quien, sin habitar en ella, entra o se mantiene en morada ajena contra la voluntad de su ocupante"[6]. *(se resalta).*

*En el mismo sentido "**Allanar.** (De llano). tr. Poner llano o plano. U. t. c. intr. y c. prnl. ll 2. Dejar o poner expedito y transitable un camino u otro lugar de paso. U. t. en sent. fig. ll 3. Derribar una construcción. ll 4. Rellenar un terreno hasta que quede al nivel del suelo. ll 5. Entrar en casa ajena contra la voluntad de su dueño. ll 6. Vencer o superar alguna dificultad o inconveniente. ll 7. Am. Registrar un domicilio con mandamiento judicial. ll 8. desus. Pacificar, aquietar, sujetar. ll 9. prnl. Dicho de un edificio: Venirse abajo. ll 10. Conformarse, avenirse, acceder a algo. ll 11. Dicho de una persona: Igualarse o ponerse a la misma altura de otra u otras que normalmente le son inferiores".*[7]

La figura de allanamiento y la procedibilidad de la misma se encuentran regulados en la legislación nacional, a saber:

a. Materia Civil

Como se manifiesta en el concepto expedido por el Ministerio del Interior[8], en el Código de Procedimiento Civil se enuncia el procedimiento para la práctica de allanamiento, dentro del capitulo de allanamiento en diligencias judiciales:

*"**ARTÍCULO 113.** Modificado. D.E. 2282/89, Artículo 1º, num. 62. Procedencia del allanamiento. El juez podrá practicar el allanamiento de habitaciones, establecimientos, oficinas e inmuebles en general, naves y aeronaves mercantes, y entrar en ellos aun contra la voluntad de quienes los habiten u ocupen, en los siguientes casos:*

1. Cuando en su interior se encuentren bienes que deban secuestrarse, entregarse, o ser objeto de inspección, exhibición judicial o examen por peritos.

2. Cuando deban secuestrarse o entregarse a determinada persona, o sobre ellos haya de practicarse inspección judicial o examen de peritos.

3. El auto que decrete cualquiera de tales diligencias contiene implícitamente la orden de allanar, si fuere necesario.

6 Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

7 Ibid

8 Oficio 21268-ato-0700 del 07 de septiembre de 2006

El allanamiento puede ser decretado tanto por el juez que conoce del proceso como por el comisionado.

No podrán ser allanadas las oficinas ni las habitaciones de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de Colombia.

ARTÍCULO 114. Práctica de allanamiento. Para practicar el allanamiento, el juez llamará previamente a la puerta del edificio o entrada de la heredad o nave, a fin de hacer saber al ocupante el objeto de la diligencia y si no le contestare o no le permitiere la entrada, procederá al allanamiento valiéndose de la fuerza pública en caso necesario.

El allanamiento sólo podrá practicarse durante las horas de despacho, pero si hubiere temor de que se frustre la diligencia, el juez dispondrá que por la policía se adopten las medidas de vigilancia tendientes a evitar la sustracción de las cosas que hayan de ser objeto de ella y podrá asegurar con cerradura los almacenes, habitaciones y otros locales donde se encuentren muebles, enseres o documentos, colocar sellos y adoptar las medidas que garanticen su conservación. Del allanamiento se dejará testimonio en el acta de la diligencia en que se produjo".

En este sentido, se configura allanamiento cuando se entra a un sitio para realizar las acciones consagradas en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil.

b. Materia policiva

Por otra parte, en el Código Nacional de Policía permite el allanamiento de domicilio a los jefes de policía en los siguientes eventos, de conformidad con el artículo 82:

"ARTICULO 82. Los Jefes de policía podrán dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de domicilio o de sitios abiertos al público, en los siguientes casos:

a) Para capturar a persona a quien se le haya impuesto por funcionario competente pena privativa de la libertad;

b) Para aprehender a enfermo mental peligroso o a enfermo contagioso;

c) Para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública;

d) Para obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o de establecimiento que funcione contra la ley o reglamento;

e) Cuando sea necesario indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de acueducto, energía eléctrica, teléfonos y otros servicios públicos;

f) Para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía;

g) Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidente o calamidad".

c. Materia Penal.

De conformidad con la Ley 906 de 2004 – artículo 219, 220 y ss, *procede el registro y allanamiento con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. Este procedimiento será realizado por la policía judicial. Teniendo en cuenta que este procedimiento afecta la intimidad de las personas, la orden de allanamiento sólo podrá expedirse cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito.*

d. Código de Infancia y Adolescencia

Señala el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 ***que siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite. De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta***

Teniendo en cuenta las diferentes definiciones de lo que significa allanamiento, es pertinente entrar a determinar que si bien el término hace referencia a entrar a un domicilio o lugar sin la voluntad de un dueño, también lo es que puede asimilarse a una demolición de una obra, por lo que se debe analizar la figura del allanamiento en si misma, y no solamente sobre la definición de la palabra, por consiguiente, es necesario profundizar sobre si al momento de entrar a demoler se incurre en allanamiento y en consecuencia si es necesario contar con otro documento o autorización para practicar la diligencia.

Como se observa, de las normas señaladas frente al allanamiento, debe indicarse que el mismo opera en unos eventos particulares reseñados en la normatividad penal, civil y policiva; en consecuencia el allanamiento se realiza para obtener unos resultados propios de cada una de las diligencias que se ejecutan, porque de no ser así, no se podría cumplir con la finalidad de dichos

procedimientos. Por supuesto, cuando ocurre el allanamiento esto implica que las diligencias policivas, civiles y penales se realicen en contra de la voluntad del dueño, pues de lo contrario no tendría el juez que entrar a solicitar la medida o a aplicarla.

Por consiguiente pese a que si bien en una de las definiciones se establece que el allanamiento es entrar sin la voluntad del dueño, no es procedente aplicar de manera taxativa la definición cuando se entra a desarrollar una diligencia de demolición, cuando el dueño no la realizó dentro del tiempo estipulado para ello.

El Código Nacional de Policía, señala que todo el que realice contravención de policía será responsable, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad y enajenación mental; en particular prevé en el artículo 186 como medida correctiva la demolición de la obra y el artículo 198 establece que en caso de incumplimiento de la demolición, por el responsable de ésta, la construcción o reparación, se hará por empleados municipales a costa del infractor.

> "**ARTICULO 198.** La demolición, la construcción o la reparación de obra se ejecutará dentro del plazo fijado en la orden. Salvo disposición en contrario, en caso de incumplimiento la demolición, la construcción o la reparación, se hará por empleados municipales a costa del infractor. Si este no pago dentro del término señalado, el reembolso perseguirá por la vía de la jurisdicción coactiva. En la orden se exigirá otorgamiento de caución para asegurar su cumplimiento" (subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, La ley 388 de 1997 "por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones"[9], establece dentro del artículo 103, las infracciones urbanísticas señalando en el parágrafo 1 que *"Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravenga los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan incluyendo los planes parciales, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil y penal de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas". (Subraya fuera de texto).*

El numeral 5 del artículo 104 de la ley 388 de 1997, señala como sanción urbanística *"La demolición total o parcial de las obras desarrolladas sin licencia, o de la parte de las mismas no autorizada o ejecutada en contravención a la licencia, a costa del interesado, pudiéndose cobrar por jurisdicción coactiva si es del caso, cuando sea evidente que el infractor no se puede adecuar a la norma".*

9 Modificada por la Ley 810 de 2003 Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones

Como se observa, el legislador (quien mantiene el poder de policía) consagró la demolición como una medida correctiva frente a las infracciones cometidas, lo que garantiza el principio de la legalidad para realizar la medida. Esta norma no señala que en el evento en que el infractor no cumpla con la orden de demolición, el servidor público municipal deberá allanar, sino solamente se señala que debe entrar a demoler a costa del infractor, pues previamente a ésta, como se señaló, hay un incumplimiento de la misma y mal podría la administración entrar a dejar al arbitrio del sancionado cuando precisamente ha incumplido con la ejecución de la sanción.

En consecuencia la demolición hace parte de la ejecución de la función de policía y para realizarla se insiste en que no se requiere de otra autorización o de más trámites que los propios a la medida. De igual forma es de mencionar que en el mismo concepto del Ministerio del Interior se señala expresamente que "... El Alcalde Municipal o quien haga sus veces, tiene competencia para aplicar la medida correctiva de demolición de obra"; esta última conclusión también se expresa en el concepto emitido por la Dirección Seccional de Fiscalías, los cuales se anexan al presente documento.

Así las cosas, los Alcaldes Locales, además de mantener la competencia para imponer la sanción de demolición, de conformidad con el numeral 9 del artículo 86 del Decreto Ley 1421 de 1993; el numeral 4 del artículo 103 de la Ley 388 de 1997 y el numeral 13.3 del artículo 193 del Código de Policía de Bogotá; tiene la función de aplicar la medidas necesarias para ejecutarla en el evento que el infractor no asuma la orden impartida dentro de un proceso, en el cual el mismo infractor tiene el derecho de contradecir dentro de las etapas procesales propias de estos tipos de procesos.

3. UTILIZACIÓN DE LA FUERZA PARA MATERIALIZAR UNA SANCIÓN URBANÍSTICA.

Tanto el Código de Policía Nacional como el de Bogotá, disponen un capítulo para determinar los criterios para el empleo de la fuerza, señalando que ésta se utiliza por los miembros de la Policía – en este caso Metropolitana- para impedir la perturbación de la convivencia ciudadana y para restablecerla, entre otros casos, para hacer cumplir las decisiones y órdenes de la autoridades judiciales y de policía. Es de anotar que la utilización de la fuerza se debe efectivizar de manera proporcional y racional, esto es,sin detrimento de la integridad física de las personas; para lo cual de acuerdo con el artículo 152 del Código de Policía de Bogotá, deben escoger entre los medios más eficaces, aquellos que causen menos daño a la integridad de las personas y de sus bienes.

De igual forma en el artículo 153 del Código señalado se establecen los criterios para la utilización de la fuerza:

1. *Que sea indispensable; es decir que la fuerza sólo será utilizada cuando la convivencia no pueda preservarse de otra manera;*
2. *Que sea legal o reglamentaria, teniendo en cuenta que los medios utilizados deben estar previamente autorizados por una norma;*

3. Que sea proporcional y racional para evitar daños innecesarios, y

4. Que sea temporal es decir utilizada por el tiempo indispensable para restaurar la convivencia ciudadana.

Es importante tener en cuenta que el ejercicio de la fuerza, en el caso de las demoliciones, se debe realizar por intermedio de los oficiales y agentes de policía, quienes actúan y ejecutan el poder y la función de policía.

Al respecto vale la pena citar la Sentencia C-403 de 2006 de la Corte Constitucional[10], que señala que la policía *"despliega por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía".*

"La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad (Vid. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 21 de 1982. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz). Ver la Sentencia C-024/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sin embargo, la ejecución de la orden de policía – demolición- no trae intrínseco la utilización de la fuerza, pues previo a la ejecución de la orden y teniendo en cuenta que la medida se comunicó con anterioridad a los querellados- infractores, éstos pueden disponer de lo propio para que la medida se realice dentro de una relativa calma.

Por otro lado, la utilización de la fuerza y la irrupción al inmueble objeto de la demolición, no se puede considerar como un atropello a la intimidad de los propietarios ni los moradores del lugar, así como tampoco es pertinente la aplicación de la figura del allanamiento en el supuesto de la entrada de los funcionarios que realizan la orden de demolición y frente a la cual no están de acuerdo los propietarios.

En consecuencia, no es jurídicamente técnico que la ejecutabilidad de la medida – demolición – se le asimile a un allanamiento, pues es intrínsico a un acto administrativo que la autoridad en este caso administrativa y de policía ordene su cumplimiento y de ser necesario utilice los medios coercitivos para su efectividad; esta situación no obsta para que la autoridad utilice unos protocolos al momento de la ejecutabilidad de dicho acto.

10 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 80 de la Ley 488 de 1998, los artículos 18 literal e), 19 literal c), 22 literal w), 23 literal o) y 32 literal j) del Decreto 1071 de 1999 y los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 53 la Ley 633 de 2000. La Corte se inhibió frente a pronunciarse de fondo respecto al artículo 80 de la Ley 488 de 1998 y declaró exequibles las demás normas demandadas.

III. ANTECEDENTES QUE ORIGINAN DUDAS EN LA FORMA OPERATIVA DE LLEVAR A CABO LAS DILIGENCIAS DE DEMOLICIÓN – DIVERSIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS OFICIALES

Respecto a la normatividad que faculta a los Alcaldes(as) Locales para ingresar a los inmuebles sin permiso del propietario con el fin de ejecutar las diligencias de demolición, han sido diversos los pronunciamientos por parte de las entidades involucradas en el tema:

- La Alcaldesa Local de Usaquén mediante solicitud No. 3-2006-23447 del 22 de junio de 2006, solicitó concepto ante la Secretaría General y la Secretaría de Gobierno sobre las operaciones administrativas de demolición de construcciones y la problemática que se origina para ingresar a las edificaciones objeto de dicha orden. (Ver anexo)

- La Dirección Jurídica Distrital de la Secretaría General, mediante concepto No. 2-2006- 25034 del 28 de junio de 2006, conceptuó sobre el sustento legal para poder materializar la orden de demolición, en el evento que el propietario o morador no permite el ingreso de las autoridades al inmueble respectivo y de igual forma se indicó que la entrada al domicilio para demoler no se puede catalogar como allanamiento,

- De otra parte la Dirección Seccional de Fiscalías, mediante oficio 010200 del 17 de julio de 2006, dirigió concepto a la Alcaldía Local de Usaquén, señalando que la Ley 906 de 2004 en el artículo 219 define los casos en los que procede una diligencia de allanamiento (para obtener elementos materiales probatorios o evidencia física, y para obtener la captura del indiciado, imputado o condenado) y que para ordenarlo se requiere la existencia de motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos legales.

  En contraposición señala, que la orden de demolición se hace a través de un acto administrativo ejecutoriado, el cual presupone la culminación de un procedimiento con el lleno de las formalidades propias del debido proceso, y con el respeto de las garantías constitucionales de las partes involucradas.

- Mediante oficio A.O. 1511 del 15 de agosto de 2006, el asesor de obras de la Alcaldía Local de Usaquén solicita concepto a la Dirección de Asuntos Territoriales y Orden Público del Ministerio del Interior y de Justicia, para conocer si el ingreso al predio para realizar una demolición constituye allanamiento.

- La Dirección de Asuntos Territoriales y Orden Público del Ministerio del Interior y de Justicia, conceptuó sobre el asunto mediante oficio 6-21268-ATO-0700 del 29 de enero de 2007; el cual analiza la normatividad de policía sobre amparo al domicilio y el procedimiento para realizar allanamiento en materia civil concluyendo que el Alcalde Municipal o quien haga sus veces tiene competencia para aplicar la medida correctiva de demolición de obra. De igual forma señala que de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, allanar es entrar en casa ajena

contra la voluntad de su dueño; por consiguiente el ingresar al predio objeto de la demolición, constituye allanamiento si se hace en contra de la voluntad de su dueño.

- La Dirección Jurídica mediante concepto 2-2007-14063 del 26 de marzo de 2007, analiza nuevamente el tema consultado indicando que debe hacerse un análisis sistemático de la normas consagradas en el Código Nacional de Policía artículos 82 y 198, para concluir que la figura del allanamiento policivo se aplica a las hipótesis previstas en el artículo 82 ya citado, mientras que en la demolición es suficiente la orden policiva a la que se refiere el artículo 198. Es decir del mismo Código Nacional de Policía se desprende que para llevar a acabo la demolición, no se requiere acudir a la figura del allanamiento policivo. Ratificando que los Alcaldes Locales además de mantener la competencia para imponer la sanción de demolición, de conformidad con el numeral 9 del artículo 86 del Decreto Ley 1421 de 1993; el numeral 4 del artículo 103 de la Ley 388 de 1997 y el numeral 13.3 del artículo 193 del Código de Policía de Bogotá; tiene la función de aplicar la medidas necesarias para ejecutarla en el evento que el infractor no asuma la orden impartida dentro de un proceso, en el cual el mismo infractor tiene el derecho de contradecir dentro de las etapas procesales propias de estos tipos de procesos.

En vista de la diversidad de pronunciamientos jurídicos por parte de las diferentes entidades (de los cuales anexo copia), así como las dudas que se presentan en torno a las posiciones jurídicas generadas frente al tema de la ejecución de las diligencias de demolición, se considera necesario y conveniente elevar consulta ante la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado, con el fin de que por este medio se unifique el criterio jurídico a aplicar por parte de las autoridades locales de Policía.

En este orden de ideas se formula la siguiente Consulta.

IV. CONSULTA*

De conformidad con el artículo 38 numeral 1 del Decreto Ley 1421 de 1993 y con los antecedentes

* Mediante el Concepto No. *1855 de 2007 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado*, Consejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, da respuesta a las preguntas formuladas. Al respecto y una vez analizadas las instituciones de la demolición y el allanamiento, señaló que "*...no es posible asimilar la institución de allanamiento con una figura meramente policiva bajo el precario argumento que ambas afectan de alguna manera el domicilio del afectado, de manera que la decisión que ordena la medida de demolición como consecuencia de la infracción a las normas urbanísticas, se puede adoptar mediante acto administrativo del titular de la función de policía, que en este caso consultado son los Alcaldes Locales quienes para su ejecución, en caso de renuencia del afectado, eventualmente podrían desplegar la actividad de policía necesaria para hacer cumplir dicha orden*".

"Lo anterior sin perjuicio de que por tratarse de la ejecución de un acto administrativo, sea viable que cualquier persona solicite al juez competente el efectivo cumplimiento del mismo, todo ello con fundamento en el artículo 87 de la Constitución Política de acuerdo con su desarrollo por la Ley 393 de 1997, de manera que en la respectiva sentencia judicial se ordene el cumplimiento del mencionado acto de demolición".

Con la relación a las preguntas formuladas en la consulta, la sala responde en consecuencia que los Alcaldes Locales sí se encuentran facultados para ejecutar las órdenes administrativas de demolición siempre y cuando se hayan agotado en debida forma las reglas del debido proceso administrativo, por lo tanto en caso de ser absolutamente necesario los alcaldes pueden ordenar el desalojo y practicar las diligencias de demolición, sin requerir para ello mandamiento escrito de autoridad judicial competente; y en caso de ser inevitable exigir la utilización de la fuerza de policía como actividad necesaria para su ejecución, conforme a lo dispuesto en los artículos 64 del Código Contencioso Administrativo y 152.1 del Código de Policía.

constitucionales, legales y jurisprudenciales que se han citado, se pregunta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado lo siguiente:

a. ¿Las ordenes administrativas de demolición impuestas por la autoridad local, como resultado de la aplicación de la ley 388 de 1997 y Ley 810 de 2003, que se encuentren en firme y debidamente ejecutoriadas, revisten de facultades a los alcaldes locales para ejecutarlas ordenando el ingreso a los predios o edificaciones sin el consentimiento previo de sus propietarios, cuando éstos son renuentes al cumplimiento de las mismas, sin que sea necesario la intervención de autoridad judicial adicional?

b. ¿Desprovistos del mandamiento escrito emanado de autoridad judicial competente pueden los mencionados funcionarios públicos de la administración – Alcaldes Locales y autoridades de policía - ordenar y practicar las diligencias enderezadas a demoler las edificaciones que han sido sancionadas por infracción al régimen urbanístico y de obras?

c. ¿En caso de ser procedente el ingreso a las edificaciones, las autoridades administrativas facultadas pueden ordenar el desalojo de dichos inmuebles?

d. ¿La orden de demolición, por tratarse de una medida administrativa y/o policiva, implica o lleva implícito el uso de la fuerza para llevar a cabo su ejecución?

e. ¿Cual es el alcance del cumplimiento de las órdenes de demolición, como resultado de procedimientos administrativos?

f. ¿En el evento de no ser posible el ingreso a los inmuebles para el cumplimiento de las ordenes de demolición qué autoridad diferente debe autorizarlo, con el fin de ejecutar la orden administrativa?

Tanto las Secretarías de Gobierno como la General de esta Alcaldía ofrecerán colaboración y complementación que requiera su despacho.

Cordialmente,

LUÍS EDUARDO GARZÓN

Alcalde Mayor

Anexos 24 folios

1 disquete

Copia de información: **Dr. JUAN MANUEL OSPINA RESTREPO**
Secretario de Gobierno
Dr. ENRIQUE BORDA VILLEGAS
Secretario General

Proyectó: Angela Otero – Zu2ma Rojas
Revisó: Raúl Navarro
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Velaño Quintero

Radicado de salida 2-2007-31546 14/06/07

Bogotá D. C

Señor
EFRAÍN FORERO MOLINA
Calle 99 No. 9 A-80. Oficina 307.
Ciudad

ASUNTO: Requerimiento de acción de cumplimiento sobre licencias de construcción para establecimientos de comercio. Aplicación de las Leyes 232 de 1995 y 962 del 2005. Radicación 1-2007-26136.[11]

Cordial saludo señor Forero,

En atención a su requerimiento de acción de cumplimiento en los términos del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, por medio del cual solicita se profiera una respuesta definitiva a la petición por usted presentada acerca del alcance, aplicación y cumplimiento en el Distrito Capital, del numeral 1 de la Ley 962 del 2005 "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos (...)" y de la letra a) del artículo 2 de la Ley 232 de 1995 "Por la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales", y la facultad que derivaría de estas normas para que los Alcaldes Locales de Bogotá, bajo la actuación policiva, puedan exigir licencias de construcción sobre las edificaciones que se encuentran destinados a realizar actividades comerciales, la presente Secretaría se permite hacer las siguientes consideraciones generales.

1. Situación Fáctica

La anterior inquietud jurídica surge por cuanto es de su parecer e interpretación, ante particulares actuaciones de las Alcaldías Locales de Bogotá, que a esta especie de bienes mercantiles no les son exigibles las licencias urbanísticas que se encuentran comprendidas en la ley (Leyes 388 de

11 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia N°. 0339 de agosto 30 de 2007 M.P. Dr. César Palomino Cortés, dentro de una Acción de Cumplimiento, ordenó a la Administración Distrital dar cumplimiento al literal a) artículo 2 de la Ley 232 de 1995 y numeral 1 artículo 1 de la Ley 962 de 2005, en cuanto a los requisitos exigidos para la apertura y funcionamiento de establecimientos comerciales abiertos al público. Señaló que las autoridades públicas no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales cuando una actividad ha sido reglamentada de manera general y como quiera que el legislador no exigió como requisito para la apertura y funcionamiento de un establecimiento de comercio abierto al público la licencia de construcción, no puede ésta exigirse. Igualmente indicó que ello no puede entenderse como carta blanca para soslayar la reglamentación sobre uso del suelo ni contribuir con el desarrollo urbanístico de la ciudad ni dejar de lado los objetivos del Plan de Ordenamiento Territorial, pues el control del uso del suelo para esos casos se suple con el concepto de planeación o la autoridad que haga sus veces, el que se torna más riguroso.

1997, 810 del 2002, entre otras), en especial cuando estos ya han sido constituidos y llevan un tiempo considerable en el ejercicio de su libre actividad mercantil.

Por esto se procederá a emitir una respuesta definitiva a su planteamiento, amparado en el estudio y análisis que se hizo en su oportunidad de diversas valoraciones y pronunciamientos sobre el tema, los que fueron emitidos tanto por parte de la Personería Distrital, la Subsecretaría de Asuntos Locales y la Oficina Asesora Jurídica, ambas pertenecientes a la Secretaría Distrital de Gobierno[12], la Secretaría Distrital de Planeación[13], como por la misma Secretaría General y otras entidades e instancias públicas en el Distrito Capital, con el fin de unificar el criterio jurídico existente en lo concerniente a la aplicación de las normas que se encuentran cuestionadas.

2. Situación Jurídica.

Respecto al tema resulta pertinente traer a colación los antecedentes en los que se emite pronunciamiento por parte del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, (hoy Secretaría Distrital de Planeación) en el sentido que los establecimientos abiertos al público deben cumplir con las disposiciones que exige la Ley 232 de 1995, en su artículo 2º, por referencia expresa que hace la Ley 962 del 2005. De esto se sobre entiende, para la entidad, que le son, y deben ser exigibles a dichos establecimientos de comercio las licencias referentes al uso del suelo, tal como lo prescriben los términos del Decreto Nacional 1600 del 2005, hoy derogado por el Decreto Nacional 564 del 2006, con lo cual se estará verificando el cumplimiento de la normatividad Nacional y Distrital en materia urbanística y en lo que concierne a la protección del uso y destinación de los suelos y del espacio público.

5. Licencia de Construcción en el Ordenamiento Distrital.

En ese orden, es necesario comentar lo siguiente. La Ley 388 de 1997, *"Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones"*, consagra en su artículo 99, la normatividad general referente a la materia de las licencias urbanísticas, aplicable al distrito capital. Dice así el numeral primero de dicho artículo:

> "1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos, el Distrito Capital (...) o los curadores urbanos según sea el caso." (Énfasis añadido).

Luego pasa a decir el mismo artículo, respecto a la sujeción de dichas licencias a los postulados generales que consagra el Plan de Ordenamiento Territorial, (hoy Decreto compilador 190 del

12 Véase el Instructivo sobre los establecimientos de comercio (Ley 232 de 1995), elaborado por la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Gobierno.

13 Sobre la posición de la Secretaría estúdiese las Circulares 20 del 2002 y la 13 del 23 de agosto del 2005, proferidas por el, en aquel entonces, Departamento Administrativo de Planeación.

2004), y de manera especifica a las normas que reglamentan la destinación y uso de los suelos en el Distrito, en los siguientes términos:

> "2. Dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el Plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en esta Ley."

La noción de Licencia de Construcción, como una de las especies de licencia a las que se refiere la ley, y que resulta aplicables para el estudio del caso, es complementada a manera de reglamentación por el artículo 7 del Decreto Nacional 564 del 24 de febrero del 2006, norma para la cual se debe entender por licencia de construcción y sus modalidades, lo siguiente:

> **"Artículo 7°.** Licencia de construcción y sus modalidades. Es la autorización previa para desarrollar edificaciones en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad que regule la materia. Son modalidades de la licencia de construcción las siguientes:
>
> **1. Obra nueva.** Es la autorización para adelantar obras de edificación en terrenos no construidos.
>
> **2. Ampliación**. Es la autorización para incrementar el área construida de una edificación existente, entendiéndose por área construida la parte edificada que corresponde a la suma de las superficies de los pisos, excluyendo azoteas y áreas sin cubrir o techar.
>
> **3. Adecuación.** Es la autorización para cambiar el uso de una edificación o parte de ella, garantizando la permanencia del inmueble original. Cuando no se autoricen obras, solamente deberá cancelarse el (50%) del valor del cargo fijo "Cf" de la fórmula para la liquidación de expensas de que trata el artículo 109 del presente decreto, ante el curador urbano que adelante el trámite.
>
> **4. Modificación.** Es la autorización para variar el diseño arquitectónico o estructural de una edificación existente, sin incrementar su área construida.
>
> **5. Restauración.** Es la autorización para adelantar las obras tendientes a recuperar y adaptar una edificación declarada como bien de interés cultural o parte de ella, con el fin de mantener el uso original o permitir el desarrollo de otro uso garantizando

en todo caso la conservación de los valores urbanos, arquitectónicos, estéticos e históricos establecidos en su declaratoria.

6. Reforzamiento Estructural. Es la autorización para intervenir o reforzar la estructura de uno o varios inmuebles, con el objeto de acondicionarlos a niveles adecuados de seguridad sismorresistente de acuerdo con los requisitos de la Ley 400 de 1997 o la norma que la adicione, modifique o sustituya y su reglamento.

7. Demolición. Es la autorización para derribar total o parcialmente una o varias edificaciones existentes en uno o varios predios y deberá concederse de manera simultánea con cualquiera otra modalidad de licencia de construcción, (...).

8. Cerramiento. Es la autorización para encerrar de manera permanente un predio de propiedad privada. (...)"

Bajo este orden de ideas, las licencias de construcción son una de las especies de licencias de urbanización que existen en el ordenamiento jurídico, y se convierten en los instrumentos urbanísticos idóneos con los que cuenta el Estado, en este caso el Distrito Capital, para regular todo proceso de explotación y uso de los suelos urbanos y rurales, cuyos efectos incidan en el espacio público o privado del ente territorial, por las cuales y de manera destacada, interviene la autoridad pública para el segundo caso, con el fin de verificar la adecuada destinación de la propiedad privada al cumplimiento de su función social a la que se refiere el artículo 58 de la Constitución[14], en procura y con la destinación preferente hacia el interés y bienestar general de la comunidad.

De esta forma también lo permite inferir la lectura de los fallos de la Corte Constitucional, en lo que comprende a la reglamentación de los usos del suelo por parte de los entes competentes, como se deriva de la interpretación integral que hace de los artículos 313, numeral 7º y 315 numerales 1 y 3 de la Constitución, los cuales se refieren expresamente a los Concejos municipales y Distritales y a los Alcaldes;

> "La función de regular el uso del suelo (...) corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención entre los que tienen a su cargo las autoridades. En los distritos y municipios, es tarea de los concejos reglamentar los usos del suelo dentro de los límites que fije la ley (artículo 313, numeral 7 de la Constitución) y es de competencia de los alcaldes la de velar por el cumplimiento de las normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre el particular y dirigir la acción administrativa local (artículo 315, numerales 1 y 3 de la Carta Política)."[15]

14 Dice así el inciso segundo del artículo 58. "*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.*"

15 Sentencia T- 203 del 26 de mayo de 1993. M.P: José Gregorio Hernández. Los artículos que se mencionan dicen lo siguiente.

Este punto, en lo relativo a la obligación que tiene el Estado para controlar y mitigar el impacto y efectos que se producen por el uso del suelo por parte de los particulares, ha sido ya materia de análisis por la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, al afirmar:

> "Es por eso que la obligación social del Estado impuesta por la Constitución Política, involucra a las autoridades de las ciudades y municipios para que actúe como contrapeso de la libre actividad privada de la construcción e impida los desafueros y abusos de esta, mediante la reglamentación y control de los procesos de urbanización. (...)
>
> Este marco general sirve de referencia para abordar el tema de la planificación urbana y las responsabilidades tanto del Estado como de los particulares que se dedican a la actividad de la construcción de vivienda y que sin duda, inciden en los derechos fundamentales de las personas."[16]

Esto sustenta la importancia de la expedición de las licencias de construcción, ya que son uno de los instrumentos mediante los cuales se limita el uso y aprovechamiento del derecho de propiedad que se halla en cabeza de los particulares, ya que este, al igual que los demás derechos constitucionales y legales, no es un derecho de carácter absoluto e ilimitado, en especial, se repite, al serle reconocida una función social y ecológica inherente.

A lo anteriormente dicho, permite concluir la Constitución en su artículo 82[17], para el tema que se ha venido tratando, cual es el verdadero pilar en que se sostiene y al cual debe orientarse el derecho de dominio, en especial cuando se refiere a la utilización y destinación del suelo que es propiedad de los particulares y como este aprovechamiento no puede ser ajeno a los intereses generales que apoyan y fundamenta el concepto de Estado Social de derecho que consagra la Carta Superior,

---

Artículo 313. **Corresponde a los Concejos:**

(...)

7º) Reglamentar los usos del suelo (&).

Artículo 315. **Son atribuciones del alcalde:**

1) Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo.

(...)

3) Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente, y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

16 Sentencia T- 325 del 2 de mayo del 2002. M.P: Jaime Araujo Rentaría.

17 Dice así el artículo 82. *"Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.*

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regulará la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común". (Énfasis agregado). Véase en adición, la Sentencia C- 595 del 18 de agosto de 1999, donde se declara inexequible la palabra arbitrariamente del artículo 669 del Código Civil. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

donde la condición y razón de ser de los derechos subjetivos y particulares, entiéndase en este caso el derecho real de propiedad, deben someterse y dedicarse al servicio del imperio de la ley, y por ende, al servicio de un Estado justo, equitativo y, que más allá de la letra, debe ser un Estado verdaderamente social, donde priman los intereses de la comunidad.

6. Normatividad referente a la expedición de la Licencia de Construcción para edificaciones en el Distrito Capital.

En el caso particular en que alguna edificación, indistintamente de su naturaleza o del tipo de uso de suelo al cual se encuentre destinado, y se halle ubicado en el territorio del Distrito Capital, se adapte a los supuestos que fija la misma norma urbana, como son los supuestos taxativos que reglamenta el Decreto 564 del 2006 en su artículo 7, se hace sujeto entonces de la normatividad que consagra la Ley 388 de 1997, modificada por la Ley 810 del 2003.

Esto, por cuanto todas las construcciones o edificaciones a las cuales se refiere el artículo 99 de la Ley 388 y los artículos 1 y 3 del decreto citado, requieren de alguna de las clases de licencias que consagra el artículo 2 de la misma norma, dependiendo de la destinación del inmueble, y que serán expedidas, para el caso del Distrito Capital, por la figura del Curador Urbano[18].

De esta forma, y complementario de las normas urbanísticas de rango nacional, también lo permite dar a entender la lectura del artículo 337 del P.O.T (Decreto compilador Distrital 190 del 2004), por medio del cual se hace exigible la licencia a todo tipo de edificación, indistintamente en que suelo se encuentre ubicado, y que resulta aplicable con el fin de unificar el criterio respecto a la

18 Se citan algunos de los artículos mencionados del decreto para mayor orientación.

Artículo 1°. Licencia urbanística. Es la autorización previa, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, para adelantar obras de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios; de construcción, ampliación, adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones, y para la intervención y ocupación del espacio público, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o complementen y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo. Las licencias urbanísticas y sus modalidades podrán ser objeto de prórrogas y modificaciones.

Se entiende por prórroga de la licencia la ampliación del término de vigencia de la misma.

Se entiende por modificación de la licencia, la introducción de cambios urbanísticos, arquitectónicos o estructurales a un proyecto con licencia vigente, siempre y cuando cumplan con las normas urbanísticas y de edificación y no se afecten espacios de propiedad pública.

Artículo 3°. Competencia. El estudio, trámite y expedición de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión, y construcción de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo anterior (artículo 2°) corresponde a los curadores urbanos en aquellos municipios y distritos que cuenten con la figura. En los demás municipios y distritos y en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina corresponde a las oficinas de planeación o la dependencia que haga sus veces.

La expedición de las licencias de intervención y ocupación del espacio público de que trata el numeral 5 del artículo anterior será competencia exclusiva de las Oficinas de Planeación municipal o distrital o de la dependencia que haga sus veces, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 del Decreto 1504 de 1998 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya. (Énfasis agregado).

exigencia de este requisito en el territorio Distrital, con lo cual se está verificando el cumplimiento de la normatividad urbanística y la tutela del bien jurídico resguardado por esta.

> **"Artículo 337. Condiciones generales para la asignación de usos urbanos.**
>
> La asignación *de usos al suelo urbano,* debe ajustarse a las siguientes condiciones generales:
>
> 5. Sólo se adquiere el derecho a desarrollar un uso permitido una vez cumplidas
>
> Integralmente las obligaciones normativas generales y específicas, y previa obtención de la correspondiente licencia. (...)" (subrayas agregadas).

De igual forma lo permite precisar la lectura del numeral primero del artículo 99 de la Ley 388, ya mencionado, al enunciar los casos en los cuales se requiere obtener la licencia de construcción, como se puede apreciar en su numeral 1º.

Con lo anterior se está ratificando el hecho que tan solo para este tipo de actividades urbanísticas, resulta ser exigible la licencia de construcción, lo que en nada afecta la actividad propia de los establecimientos de comercio, a menos que estos, en su condición de edificación, se encuentren en una situación de Obra nueva; Ampliación; Adecuación; Modificación; Restauración; Reforzamiento Estructural; Demolición y Cerramiento, que son los supuestos que consagra la normatividad urbanística, y que son los supuestos que se ratifican con el mandato de la primera parte de la letra a) del artículo 2 de la Ley 232 (Cumplir con todas las normas referentes al uso del suelo...), el cual se convierte en el fundamento legal para que se de inicio, en dado caso, a la actuación policiva para el requerimiento de la licencia, con el fin de verificar la destinación del suelo a su adecuado y original uso.

Este es el sentido en que debe hacerse la lectura interpretativa de la letra a) del artículo 2 de la Ley 232, a la luz de la ley 388 y 810, que son las normas que gozan de igual rango y fuerza jurídica, sin perder de vista la circunstancia de que la Ley 388 y 810 son posteriores a la Ley 232 de 1995, por cuanto la primera fue expedida en 1997 y la segunda en el año 2003. En estas condiciones, si aparecieren discrepancias entre ellas, debe aplicarse el principio consagrado en el artículo 2 de la Ley 153 de 1887, de acuerdo con el cual, la ley posterior prevalece sobre la anterior.

Por otra parte, para la expedición de la licencia, dado el caso especial, por parte del Curador Urbano, se deben adelantar por el interesado los trámites a los que se refiere la Sección tercera del Decreto Nacional 564 del 2006, esto es, los artículos 28 a 40 de dicha norma.

En complemento, se reitera que es el Curador Urbano la autoridad en el Distrito Capital que está autorizado por la ley para que en ejercicio de sus competencias tramite la respectiva licencia, tal como lo establece la Ley 388 en el numeral 3 del artículo 99.

> "Las entidades competentes y los curadores urbanos, según sea del caso, tendrán un termino de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pronunciarse sobre las solicitudes de licencia, contados desde la fecha de la solicitud. Vencidos los plazos sin que las autoridades se hubieren pronunciado, las solicitudes de licencia se entenderán aprobados en los términos solicitados, quedando obligados el curador y los funcionarios responsables a expedir oportunamente las constancias y certificaciones que se requieran para evidenciar la aprobación del proyecto presentado mediante la aplicación del silencio administrativo positivo. El plazo podrá prorrogarse hasta en la mitad del mismo, mediante resolución motivada, por una sola vez, cuando el tamaño o la complejidad del proyecto lo ameriten."

7. Sanciones en caso de ausencia de las Licencias de la Ley 388 de 1997.

Las sanciones aplicables en el distrito para los particulares que incumplan con las normas de urbanismo y atenten de esta forma contra el bien jurídico tutelado por ellas, como es el caso del espacio público, su uso adecuado, al igual que las áreas destinadas para los procesos de urbanización, son las que se encuentran reconocidas por la misma Ley 388, específicamente las que incorporo la modificación que de esta hizo la Ley 810 del 2003.

Así lo precisa el concepto emitido previamente por la Dirección Jurídica Distrital de la Secretaría General, y que se reitera hoy en sus consideraciones principales, donde se dice lo siguiente sobre la necesidad de la exigencia de la Licencia de Construcción, como un instrumento que permite la verificación de la adecuada destinación de los suelos en los que se encuentran los establecimientos de comercio, de acuerdo a los mandatos generales del Plan de Ordenamiento Territorial.

> "En el caso que nos ocupa, precisamente la exigencia de la licencia de construcción por parte de los alcaldes locales, respecto de los establecimientos comerciales, se hace necesaria para constatar el cumplimiento de las normas urbanas en cada localidad, dada precisamente la competencia de las autoridades municipales y distritales para regular el uso del suelo urbano dentro de los limites de la Constitución y la Ley."[19]

Es esta competencia, que consagra el Decreto Ley 1421 de 1993 en su artículo 86, donde se compendian las atribuciones de los Alcaldes Locales del Distrito Capital, especialmente en sus numeral 6º y 9º en lo que se refiere al uso del suelo, y que permite determinar que la competencia para la exigencia de la Licencia de Construcción y la imputación de las sanciones a los titulares de los establecimientos de comercio, radica en estas autoridades locales.

19 Concepto con radicado 2-2005-53516 del 29 de noviembre del 2005, respecto a la obligatoriedad de exigir la licencia de construcción del predio donde funciona un establecimiento de comercio. Concepto No. 36 del 2006.

La normatividad donde se encuentran consagradas las sanciones a imponer por incumplimiento de la normatividad urbanística que consagra la Ley 388, se encuentra en esta misma norma, especialmente por las consideraciones que incorpora la Ley 810, modificatoria de la primera, básicamente en sus artículos 1, 2 y 3.

De manera complementaria, debe mencionarse que en dado caso que se verifique la plena existencia de un inmueble que cuenta, a la fecha, con un termino mínimo de tres años de haber sido construido, y no cuente al momento con la licencia de construcción, expedida por el respectivo Curador Urbano, se hace procedente, para llenar este vacío, la remisión al artículo 57 del Decreto Nacional 1600 del 2005, norma en la que se hace mención al reconocimiento de las edificaciones sin licencia, y donde se faculta al Curador para declarar la existencia de los tales inmuebles concluidos antes del 27 de junio del 2003.

> **"Artículo 57. Reconocimiento de la existencia de edificaciones.** El reconocimiento de edificaciones es la actuación por medio de la cual el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, declara la existencia de los desarrollos arquitectónicos finalizados antes del 27 de junio de 2003 que no cuentan con licencia de construcción. Asimismo, por medio del acto de reconocimiento se establecerán, si es del caso, las obligaciones para la adecuación posterior de la edificación a las normas de sismorresistencia que les sean aplicables en los términos de la Ley 400 de 1997 y a las normas urbanísticas y arquitectónicas que las autoridades municipales, distritales y del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina establezcan para el efecto."

d. Conclusión

Los Alcaldes Locales del Distrito Capital, en cumplimiento de la Ley 232 de 1995 y la Ley 962 del 2005, están en el pleno uso de facultades constitucionales y legales, como interventores directos en la actividad económica de los particulares y, a la vez, como controladores del uso del suelo, el espacio público y las áreas urbanas, para exigir a los titulares de los establecimientos de comercio ubicados en cada una de las localidades del Distrito la Licencia de Construcción, pero solo y solo si nos encontramos en las hipótesis a las que se refieren las normas urbanísticas que resultan aplicables al Distrito, como se ha comentado. Es decir se encuentran habilitados para iniciar las actuaciones policivas pertinentes por el incumplimiento de las normas urbanísticas que regula la Ley 388 de 1997.

Esto, paralelo a lo que representa el libre ejercicio de una actividad económica y la libre explotación de los derechos de índole económico, conocidos también como derechos sociales y económicos de segunda generación, tal como lo es el derecho de propiedad que consagra el artículo 669 del

Código Civil y el de libertad de empresa del artículo 333 de la Constitución Política. Derechos que a la luz del artículo 84 superior no pueden verse sujetos a reglamentaciones adicionales a los que ya se regulan por la ley que ha sacado de la orbita de la reglamentación tales complementaciones que para el caso resultarían ser improcedentes, como sería exigir sin que lo habilite la ley, formalismos adicionales para ejercer o desempeñar su libre actividad. No se debe confundir la norma urbanística que protege el suelo y su uso, con la norma comercial que protege la libre actividad económica.

Así lo ha permitido ratificar el pronunciamiento de la Dirección Jurídica Distrital, que se ratifica con el concepto ya citado, (el cual se anexa para mayor comprensión del tema) como se ve a continuación, y que permite dar un cierre pertinente a la consulta;

> "Para lograr ese objetivo (interés colectivo), resulta ser la exigencia de la licencia un medio idóneo, dicho requerimiento no implica que se esté imponiendo una carga excesiva a los particulares ni un gravamen desproporcionado, dado que en todo caso la licencia es un requisito de obligatorio cumplimiento; por tanto la medida (solicitud de la licencia de construcción) es adecuada, en tanto persigue la obtención de un fin constitucionalmente válido (el planeamiento ordenado del territorio, protegido constitucionalmente); es una medida necesaria, por cuanto efectivamente a través de su exigencia se obtiene el resultado señalado del buen planeamiento sin desconocer ningún principio constitucional, y además no se configura en una medida excesiva ni demasiado gravosa para el particular, teniendo en cuenta la finalidad buscada y el interés general salvaguardado."[20] (Frases entre paréntesis fuera de texto)

De esta forma se permite concluir por parte de la Dirección Jurídica que la normatividad general donde se encuentran comprendidas las reglas básicas para lo que concierne al funcionamiento de los establecimientos comerciales se consagra básicamente, en el artículo 27 de la Ley 962 del 2005 y los artículos 1 y 2 de la Ley 232 de 1995[21]. Esta normatividad, aplicada y leída conjunta-

20 Ibid.

21 Se citan continuación las normas en lo que resulta pertinente para el objeto de la consulta.

Ley 962 del 2005. Artículo 27. Requisitos para el funcionamiento de establecimientos de comercio. Las autoridades y servidores públicos correspondientes se sujetarán únicamente, a lo dispuesto en la Ley 232 de 1995, por la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales, en cuanto a los requisitos exigibles para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio.

No podrá condicionarse el cumplimiento de los requisitos legales a la expedición de conceptos, certificados o constancias que no se encuentran expresamente enumerados en la citada ley. (&).

Ley 232 del 1995. Artículo 1. Ninguna autoridad podrá exigir licencia o permiso de funcionamiento para la apertura de los establecimientos comerciales definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, o para continuar su actividad si ya la estuvieren ejerciendo, ni exigir el cumplimiento de requisito alguno, que no estén expresamente ordenado por el legislador.

Artículo 2. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, es obligatorio para el ejercicio del comercio que los establecimientos abiertos al público reúnan los siguientes requisitos:

mente, tienen como objeto de guarda jurídica el desarrollo de la actividad de la libre empresa y la verificación de como debe desarrollarse por parte de los particulares, bajo los parámetros de intervención económica que señala la Constitución y la ley, y como esta actividad económica debe igualmente ajustarse a los mandatos de las normas sobre uso, aprovechamiento y destinación del suelo, dentro de la lógica que este tipo de actividad se ejerce a través de un establecimiento comercial que es un inmueble y por lo tanto debe cumplir los requisitos que les son exigibles a tales tipos de bienes.

Por esto y con base en la interpretación, no precisamente exegética (como lo sugiere la consulta), sino además de forma sistemática e integral[22], que debe hacerse de las leyes 388 de 1997 y 810 de del 2003, a los titulares de los establecimientos de comercio, les es exigible la licencia de construcción una vez ya han sido constituidos y se encuentran en ejercicio de su actividad económica y comercial. Esto claro esta, si se hallan bajo los condicionamientos que señala la norma urbanística para que se haga procedente, por la autoridad de policía, la exigencia de la licencia urbanística, y así dar cumplimiento tanto a las normas urbanas mencionadas, como a la letra a) del artículo 2 de la Ley 232.

Es por esto que al leer el artículo 27 de la Ley 962 del 2005, en el aparte que dice: *"Las autoridades y servidores públicos correspondientes se sujetarán únicamente, a lo dispuesto en la Ley 232 de 1995, (...) en cuanto a los requisitos exigibles para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio."*, debe entenderse que está exigiendo (al traer a colación el artículo 2 de la Ley 232) para el funcionamiento de los establecimientos, licencias urbanísticas que están consagradas única y exclusivamente para el desarrollo de las actividades urbanas que se han enunciado, como lo es el levantamiento de un inmueble y la destinación del uso del suelo sobre el que se edifico.

Lo dicho, por cuanto la Ley 388 y sus modificaciones, consagran la exigencia, y por ende, la competencia para que a los Alcaldes Locales, les sea permitido compeler el cumplimiento de todas las normas urbanísticas y aquellas relativas al uso del suelo, que también resultan legalmente exigibles a los establecimientos de comercio por el claro hecho de ser considerados edificaciones construidas en el territorio Distrital. Lo anterior bajo los deberes genéricos que le atribuye el Código de Policía de Bogotá a las autoridades de policía, tal como lo señala el artículo 5 del Acuerdo 079 del 2003, en complemento con el artículo 111 de la misma normatividad, en el que se repite, en el

a) Cumplir con todas las normas referentes al uso del suelo, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación expedida por la autoridad competente del respectivo municipio. Las personas interesadas podrán solicitar la expedición del concepto de las mismas a la entidad de planeación o quien haga sus veces en la jurisdicción municipal o distrital respectiva; (Subrayas agregadas).

22 Estas son modalidades del derecho o métodos de hermenéutica jurídica, donde el exegético busca encontrar la voluntad estricta y rígida del legislador, mientras que el sistemático recurre a encontrar la solución del problema aplicando y dando alcance a las normas que, como su nombre lo indica, forman el sistema y que no pueden ser leídas unas sin las otras. Cf. La redacción del texto jurídico. Carlos Arturo Cano Jaramillo. Págs. 20 y ss. Ed. Linotipia. Bogotá. 1999.

numeral 1, el mandato que consagra la letra a) del artículo 2 de la Ley 962, sobre el cumplimiento de los requisitos para el uso del suelo por parte de los establecimientos de comercio que se ha venido comentado.

Con todo, al decirse en el requerimiento *"(...) que en ningún momento el legislador a dispuesto el requisito de la licencia de construcción como elemento sine qua non para demostrar el cumplimiento del uso del suelo."*, se esta haciendo una interpretación extremadamente formalista de la norma. Pues no se tiene en cuenta la finalidad de las normas estudiadas, en el sentido que la licencia de construcción sí es un requisito que permite verificar el cumplimiento y destinación del suelo.

Así, debe advertirse en todo caso que la Ley 962 del 2005 exige los requisitos necesarios para el ejercicio de actividades comerciales, que estén contempladas exclusivamente en la ley. Efectivamente, tal como se ha mencionado, la exigencia de la licencia de construcción se encuentra establecida en una ley de la República, 388 de 1997 y 810 del 2003.

Debe igualmente mencionarse que la licencia de construcción no es en estricto sentido un requisito para el funcionamiento del establecimiento de comercio, sino un requisito ineludible para que cualquier obra de urbanismo o construcción se realice, sea esta comercial, residencial, dotacional etc.

En los anteriores términos se da respuesta a las inquietudes planteadas en el escrito de requerimiento del asunto.

Cordial saludo,

JUAN MANUEL OSPINA RESTREPO

Secretario de Gobierno

Anexo: lo anunciado en folios.

Radicado de salida 2-2007-45377 22/08/07

Bogotá D.C.

Doctor
FRANCISCO HERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Director Distrital de Inspección, Vigilancia y Control
Secretaría Distrital del Hábitat
Ciudad

Asunto: Concepto – Documentación y condiciones para adelantar procesos de urbanismo y construcción en zonas de amenaza o riesgo alto y medio.
Radicación 1-2007-31702

Cordial saludo doctor Hernández:

Hemos recibido su requerimiento del Asunto, por medio del cual solicita se emita concepto acerca de la aplicación del artículo 141 del Plan de Ordenamiento Territorial -Decreto Distrital 190 de 2004 en relación con el artículo 71 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto Nacional 2180 de 2006, normas relativas a la radicación de documentos para la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, dadas las funciones desarrolladas por la Dirección Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de la Secretaría Distrital del Hábitat.

Considera su Despacho que "de la lectura de ambas normas se concluye una discrepancia entre una y otra, en la medida que por un lado el decreto distrital exige como requisito previo para el trámite de la radicación de documentos el que se hayan realizado las obras de mitigación propuestas en el estudio de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa, sin embargo una norma posterior y superior en jerarquía como lo es la ley 962 determina que el interesado en radicar solo esta (sic) obligado a presentar unos documentos específicamente dentro de los cuales no se hace alusión alguna a las medidas de mitigación"

Para dar respuesta a la petición elevada por Usted, se procederá inicialmente a citar las normas relacionadas con la consulta.

I. Antecedentes normativos

¨ Ley 962 de 2005, artículo 71:

> *"Radicación de documentos para adelantar actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Deróguense el numeral 2 del artículo 2° del Decreto 078 de 1987 y el artículo 120 de la Ley 388 de 1997. En su lugar, el interesado*

en adelantar planes de vivienda solamente queda obligado a radicar los siguientes documentos ante la instancia de la administración municipal o distrital encargada de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles contempladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979:

a) Copia del Registro Único de Proponentes, el cual deberá allegarse actualizado cada año;

b) Folio de matrícula inmobiliaria del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, cuya fecha de expedición no sea superior a tres (3) meses;

c) Copia de los modelos de contratos que se vayan a utilizar en la celebración de los negocios de enajenación de inmuebles con los adquirientes, a fin de comprobar la coherencia y validez de las cláusulas con el cumplimiento de las normas que civil y comercialmente regulen el contrato;

e) La licencia urbanística respectiva;

f) El presupuesto financiero del proyecto;

g) Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción.

Parágrafo 1°. *Estos documentos estarán a disposición de los compradores de los planes de vivienda en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición.*

Parágrafo 2°. *El Gobierno Nacional reglamentará la forma de radicar los documentos y los términos y procedimientos para revisar la información exigida en el presente artículo".*

" Plan de Ordenamiento Territorial POT- Decreto Distrital 190 de 2004, artículo 141:

"Condicionamientos para adelantar procesos de urbanismo y construcción en zonas de amenaza o riesgo alto y medio

1. Para los futuros desarrollos urbanísticos que se localicen en zonas de amenaza alta y media por remoción en masa alta y media, identificadas en el plano denominado Amenaza por remoción en masa, se establecen los siguientes condicionamientos:

a. Para la solicitud de licencias de urbanismo se debe anexar el estudio detallado de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa para el futuro desarrollo, el cual debe incluir el diseño de las medidas de mitigación.

b. La Dirección de Prevención y Atención de Emergencias emitirá los términos de referencia a seguir en los estudios detallados de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa.

c. Previo a la expedición de la licencia de urbanismo, la Dirección de Prevención y Atención de Emergencias realizará la verificación y emitirá concepto sobre el cumplimiento de los términos de referencia establecidos para la ejecución de los estudios detallados de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa.

d. Para la fecha de radicación de documentos para enajenación de inmuebles destinados a vivienda, se requiere que se hayan realizado las medidas de mitigación propuestas en el estudio detallado de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa". (Subraya fuera de texto)

" Decreto Nacional 2180 de 2006 Por el cual se reglamenta el artículo 71 de la Ley 962 de 2005

El artículo 1° del Decreto Nacional 2180 de 2006 transcribe nuevamente los documentos contenidos en esta disposición y al desarrollar los requisitos señala en relación con la licencia urbanística lo siguiente:

Artículo 6º. De la licencia urbanística. El interesado presentará copia de la licencia urbanística respectiva, expedida por el curador urbano o la autoridad competente con jurisdicción en el municipio o distrito, en el lugar donde se adelantarán las actividades de promoción, anuncio y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, la cual incluirá copia impresa de los planos aprobados, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 31 del Decreto 564 de 2006.

" Ley 388 de 1997 por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones

Artículo 99º.- *Licencias.* Se introducen las siguientes modificaciones y adiciones a las normas contenidas en la Ley 9 de 1989 y en el Decreto-Ley 2150 de 1995 en materia de licencias urbanísticas:

"Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos especiales, el Distrito Capital, el departamento especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según sea del caso.

(...)

2. Dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

Además, la misma Ley 388 de 1997 determina en los artículos 12 numeral 2.3., y 16 numeral 1.6, como uno de los componentes y contenido de los POT el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales y la determinación y ubicación en planos de las zonas que presenten alto riesgo para la localización de asentamientos humanos, por amenazas o riesgos naturales o por condiciones de insalubridad.

¨ Decreto Nacional 564 de 2006[23]

El Decreto Nacional 564 de 2006 en su artículo 1° reproduce el contenido del artículo 99 de la Ley 388 de 1997 en cuanto a la obligación de contar con licencia para la realización de obras y posteriormente determina las condiciones específicas para cada una de las licencias urbanísticas, de urbanización, parcelación, subdivisión, construcción e intervención y ocupación del espacio público.

II. Consideraciones de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Conforme a lo anteriormente anotado considera Usted que la disposición del literal d) del artículo 141 del Plan de Ordenamiento Territorial es contraria al contenido del artículo 71 de la Ley 962 de 2005, por cuanto la primera adiciona un requisito a los exigidos por la ley para la radicación de documentos para la enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

En efecto, el artículo 71 de la Ley 962 señala los documentos que deben radicar los interesados en adelantar planes de vivienda, dentro de los que no se hace alusión a la ejecución de las medidas de mitigación; sin embargo señala como otra exigencia la licencia urbanística respectiva.

En este mismo sentido, el Decreto Nacional 2180 de 2006 dispone que la licencia urbanística se presenta en los términos del Decreto Nacional 564 de 2006 ya citado, el cual dispone en su artículo 19 los documentos adicionales para la licencia de urbanización dentro del que se encuentra el siguiente:

"4. Cuando el predio esté ubicado en zonas de amenaza y/o riesgo alto y medio de origen geotécnico o hidrológico, se deberán adjuntar a las solicitudes de licencias de

23 Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos; a la legalización de asentamientos humanos constituidos por viviendas de Interés Social, y se expiden otras disposiciones.

nuevas urbanizaciones los estudios detallados de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa e inundaciones, que permitan determinar la viabilidad del futuro desarrollo, siempre y cuando se garantice la mitigación de la amenaza y/o riesgo. En estos estudios deberá incluirse el diseño de las medidas de mitigación.

Dichos estudios deberán contar con el concepto favorable de la autoridad competente o, en ausencia de ella, la que para el efecto designe el alcalde, sobre el cumplimiento de los términos de referencia que la misma autoridad señale para la formulación de dichos estudios.

En todo caso, las obras de mitigación deberán ser ejecutadas por el titular de la licencia durante la vigencia de la misma".

Debe reiterarse que el Decreto Nacional 2180 de 2006 precisamente dispone que los interesados en promocionar, anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles a que se refiere el artículo 2 del Decreto-ley 2610 de 1979 estarán obligados a radicar 15 días antes del inicio de dichas actividades entre otros documentos la licencia urbanística respectiva expedida por el curador urbano o la autoridad competente con jurisdicción en el municipio o distrito, en el lugar donde se adelantarán las actividades de promoción, anuncio y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, la cual incluirá copia impresa de los planos aprobados, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 31 del Decreto 564 de 2006.

Por su parte el POT de Bogotá de conformidad con las indicaciones de la Ley 388 de 1997 –artículos 10 y 12, entre otros- determinó y localizó las áreas de amenaza por remoción en masa y posteriormente dictó las condiciones necesarias para adelantar procesos de urbanismo y construcción en las mismas.

Precisamente luego de establecer esas áreas en el plano denominado Áreas de Amenaza por remoción en masa que hace parte integral del Decreto 190 de 2004, y dictar normas sobre las áreas específicas en los artículos 128 a 140, dispone en el artículo 141 los requisitos a los que se ha hecho alusión, para los enajenadores de inmuebles destinados a vivienda.

En este sentido, la solicitud de la realización de las obras de mitigación no es un asunto aislado de la normativa distrital sino que está en consonancia con los contenidos que todo POT debe tener por disposición legal.

Así, el requisito señalado por ustedes, no es una obligación desarticulada del cumplimiento de la licencia urbanística ni de las normas del contenido de los planes de ordenamiento; sino que precisamente se solicita para que sea posible determinar la viabilidad del futuro desarrollo.

Por lo anterior, cuando el POT solicita para la radicación de documentos que se certifique la realización de las obras de mitigación lo único que está haciendo es dando cumplimiento a la

normatividad nacional y distrital sobre la materia de forma articulada y sistemática, y por lo mismo vigilando el cumplimiento de las obligaciones del constructor en aras de defender además el derecho constitucional a la vivienda digna.

En resumidas cuentas, en la licencia de urbanización se indican las obligaciones del urbanizador, y en tratándose de terrenos con fenómenos de remoción en masa mitigables, uno de las deberes es la realización de las obras necesarias para que el terreno sea viable para adelantar posteriormente procesos de construcción, cualquiera sea la modalidad.

Se reitera que es necesario revisar integralmente la normatividad referida, pues si la Ley 388 de 1997 ordena que uno de los contenidos de los planes de ordenamiento es la definición de las áreas de amenaza para asentamientos humanos, el artículo 71 de la Ley 962 determina como requisito la presentación de la licencia urbanística, y en dicha licencia se estipulan las obras que el urbanizador debe realizar tratándose de terrenos con fenómenos de remoción en masa mitigables, se concluye que el POT sencillamente desarrolla el literal a) de la misma Ley 962 de 2005, al ordenar que para la misma radicación deba demostrarse la realización de las obras de mitigación.

Así las cosas, este requisito no es sólo obligatorio por el contenido del artículo 71 de la Ley 962 de 2005 y el artículo 141 del POT, sino igualmente por lo ordenado en los artículos 10, 12 y 16 de la Ley 388 de 1997 y 19 del Decreto Nacional 564 de 2006.

III. Antecedentes judiciales en relación con la aplicación del literal d) del artículo 141 del Plan de Ordenamiento Territorial POT

Adicionalmente a lo expresado desde el punto de vista normativo es necesario recordar que el Distrito Capital ha sido condenado en varias acciones judiciales – acciones de grupo- por las averías que han sufrido viviendas que se encuentran en zonas de riesgo y las condenas se han dado, toda vez que ha considerado la jurisdicción contencioso administrativa, que la Administración Distrital no tomó las medidas de mitigación que le correspondían como organismo de dirección, coordinación y control de las actividades indispensables para atender las situaciones de riesgo

En este mismo sentido el Consejo de Estado señaló en sentencia de abril 3 de 2003 que *"el Distrito Capital, a través de sus dependencias, estaba en la obligación de velar porque no se construyera sin la licencia correspondiente y, una vez expedida la licencia de urbanización, porque la Constructora cumpliera con los compromisos adquiridos respetando las recomendaciones relacionadas con la sismoresistencia y la estabilidad de la obra*[24]

En otro pronunciamiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señala que las peticiones de los habitantes y las pruebas recaudadas dan cuenta del grave problema de estabilidad del

24 Sentencia de Segunda Instancia, 3 de abril de 2003. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

terreno *"sin que la Administración hubiera demostrado que tomo las medidas de mitigación que le correspondían como organismo de dirección, coordinación y control de las actividades indispensables para atender las situaciones de riesgo que se presenten; ni está demostrado que ejecutó actividad alguna que materializara la totalidad de las recomendaciones dadas en los estudios técnicos transcritos con el fin de prevenir deslizamientos o conjurar la crisis estructural latente desde el momento de adquisición del terreno, la autorización de la urbanización y la iniciación de la construcción de la urbanización El Trigal del Sur. Ni aún en la ejecución de la obra".*

La Sala concluye que *"es innegable la responsabilidad de la Constructora Ecuatorial Ltda y de la Administración Distrital por los hechos ocurridos que vulneran derechos colectivos y ponen en peligro y hacen posible el avance de la vulneración de estos; de una parte, por realizar una construcción sin las debidas precauciones y sin el cumplimiento de las condiciones planteadas en la licencia de construcción; y de la otra, por el hecho negligente e irresponsable de que a sabiendas que la zona era de riesgo no se vigiló, ni supervisó el desarrollo de la construcción; ni se desarrollaron actividades tendientes a tener presente lo que los expertos en las recomendaciones trazaron, todo con el fin de precaver un colapso de la vivienda"*[25].

En este orden de ideas, e independientemente de que se compartan o no los argumentos esbozados por la jurisdicción Contencioso Administrativa frente al tema en particular, es claro que el Distrito Capital debe coordinar su actuación hacia la minimización de riesgos en cuanto a la estabilidad y calidad de las obras, especialmente en lo relativo a las ubicadas en zonas de riesgo mitigable por lo cual el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 141 del POT se hace absolutamente necesario y exigible jurídicamente.

En otras palabras, para esta Dirección no existe incompatibilidad entre lo establecido en el artículo 141 del Plan de Ordenamiento Territorial POT y lo normado en la Ley 962 de 2005.

De otra parte, frente a la pregunta de cuando se puede exigir jurídicamente al constructor la existencia y verificación de las obras de mitigación propuestas en el estudio detallado de amenaza y riesgo por fenómenos de remoción en masa que hayan tenido concepto favorable de la Dirección de Prevención y Atención de Emergencias y que hace parte de la licencia de urbanismo, conforme al literal e) del mismo artículo 141 del POT, debe indicarse que este requisito es simplemente complementario del ya explicado contenido en el literal d) que señala que para la radicación de documentos deberán haberse realizado las referidas obras.

En estricto sentido el literal e) del artículo 141 del POT, dispone simplemente la autoridad competente para verificar lo contenido en el literal inmediatamente anterior, esto es el d) del artículo 141, es decir, es una norma de competencia que no le resta peso a la obligación de realizar las obras para la radicación de documentos, de conformidad con lo ya explicado en el presente documento.

25 Sentencia de Primera Instancia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda. Subsección A. Expediente AP 00 028. Accionante Manuel José Pérez y otros. Accionado. Bogotá DC.

Así las cosas, se da respuesta a la petición presentada por Usted ante esta Dirección. No obstante, y con la finalidad de verificar si es necesario coordinar algún aspecto adicional relativo a esta temática, le informo que copia de esta respuesta será igualmente remitida a la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital del Hábitat, de conformidad con los literales a) y d) del artículo 7° del Decreto Distrital 271 de 2007 *"Por medio del cual se adopta la estructura organizacional y las funciones de la Secretaría Distrital del Hábitat"*.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital.

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia información:

Dr. JUAN CARLOS LÓPEZ LÓPEZ – Jefe Oficina Asesora Jurídica – Secretaría Distrital del Hábitat
DRA. FABIOLA RAMOS BERMÚDEZ – Subsecretaria Jurídica – Secretaría Distrital de Planeación
Dr. HÉCTOR DÍAZ MORENO – Subdirector de Gestión Judicial – Secretaría General

Proyectó: Ximena Aguilión Mayorga
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

ESPACIO PÚBLICO

Radicado de salida 2-2007-15667 04-04-07

Bogotá D. C.,

Doctora
LILIANA RICARDO BETANCOURT
Directora Taller del Espacio Público
Secretaría Distrital de Planeación
Carrera 30 No. 24 – 90 Piso 8
Ciudad

ASUNTO: *Concepto. Improcedencia de la caducidad en antejardines.*
Radicado. 1-2007-8295 y 1-2007-9434

Respetada doctora Liliana:

Hemos recibido su comunicación donde informa que existen discrepancias jurídicas entre la Secretaría de Gobierno y el DADEP, referentes a la caducidad de las sanciones por la violación de normas urbanísticas en los antejardines y anexa la solicitud de concepto del señor Miguel Ángel Alarcón Mora radicado en el Departamento Administrativo de Planeación Distrital con el No. 1-2006-31265 de fecha 31 de agosto de 2006, concepto de la Secretaría de Gobierno No. 3-2006-25351 de fecha 10 de julio de 2006 y el concepto del Departamento Administrativo Defensoría del Espacio Público con el radicado 2004EE11096 de fecha 31 de agosto de 2004.

SOBRE EL SENTIDO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL ESPACIO PÚBLICO[26]

La naturaleza y función del espacio público dentro de una comunidad democrática fueron expresamente reconocidos por el constituyente al justificar la inclusión en la nueva Carta Política de una disposición, inexistente en la Constitución de 1886, que reconociera el sentido y alcance de un escenario a disposición de todos y comprometiera tanto a las autoridades como a los mismos

26 La Corte Constitucional en la sentencia C-265 de 2002 de fecha 16 de abril de 2002 declaró la inexequibilidad del inciso tercero del artículo 64 de la Ley 675 de 2001, por considerar que la posibilidad de constituir Unidades Inmobiliarias Cerradas por asimilación en aquellos eventos en los que no se afecte *significativamente* el espacio público crea el riesgo de que se avale la apropiación del espacio público por parte de particulares puesto que no refiere a alguna escala de graduación que permitiera diferenciar entre una afectación significativa y una no significativa del espacio público.

particulares en el propósito común de preservarlo y mejorarlo. Así, en la ponencia presentada para primer debate ante la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente los miembros de la Comisión encargada de estudiar el tema señalaron:

> *"La Comisión acogió la propuesta de algunos de los proyectos presentados a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, a fin de mantener la integridad y calidad del espacio público, de elevar a canon constitucional el principio de su prevalencia sobre el interés particular y el deber del Estado, las personas y la colectividad de enriquecerlo, mantenerlo, de impedir su deterioro y reparar su integridad y calidad, cuando se daña.*
>
> *"El concepto de espacio público... hace relación no sólo a los bienes de uso público, sino a aquellos bienes de propiedad privada que trascienden lo individual y son necesarios para la vida urbana. Los antejardines, las zonas de protección ambiental, los escenarios privados a los cuales accede el público (como los teatros), caen bajo ese concepto que permite un manejo urbano en el que el elemento público y colectivo prevalece sobre el particular.*
>
> *"Dada su enorme importancia para la calidad de vida, en especial en los centros urbanos, se ha considerado elevarlo a rango constitucional"* [27].

A partir de la Constitución de 1991 el concepto de espacio público adquiere, pues, protección constitucional.

De este modo, la posibilidad de gozar del espacio público se eleva al rango de derecho colectivo específicamente consagrado en la Constitución, la cual exige al Estado velar por su protección y conservación impidiendo, entre otras cosas, (i.) la apropiación por parte de los particulares de un ámbito de acción que le pertenece a todos, (ii.) decisiones que restrinjan su destinación al uso común o excluyan a algunas personas del acceso a dicho espacio (iii.) la creación de privilegios a favor de los particulares en desmedro del interés general.

PROPIEDAD PRIVADA EN ESPACIO PÚBLICO

De otra parte, en la citada sentencia C-265 de 2002 la Corte Constitucional consideró que el concepto de espacio público también tiene importantes consecuencia respecto del régimen de propiedad privada que reconoce y garantiza el Ordenamiento Superior. Así, es posible que algunos elementos estructurales de inmuebles objeto de propiedad privada se integren naturalmente al espacio público urbano; en estos casos el dominio exclusivo que sobre un inmueble se le reconoce al propietario debe armonizarse con la protección del interés general que se expresa en el derecho

27 Gaceta Constitucional No. 58, p. 7.

de libre circulación y acceso a las áreas de tráfico vehicular y peatonal, a las zonas de recreación pública, a las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías etc. Las normas legales han precisado éstas y otras limitaciones al derecho de propiedad privada en aras de la preservación del espacio público[28].

ANTEJARDINES CONSTRUIDOS ANTES DE LA LEY 9 DE 1989[29]

El Acuerdo 7 de 1979 "Por el cual se define el Plan General de Desarrollo integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá", el cual contiene las siguientes disposiciones relativas al asunto:

Artículo 11: Para la correcta interpretación de las normas contenidas en el presente Acuerdo, adóptanse las siguientes definiciones:

(...) Antejardín: Es el área libre de propiedad privada, comprendida entre la línea de demarcación y el paramento de la construcción con frente sobre la vía. (Negrilla no original)

Artículo 91: Equipamiento Comunal: Todo planteamiento de vivienda debe proveer con carácter obligatorio un área para equipamiento comunal, pudiendo destinarse a los siguientes usos:

1. Recreativos: Parque, zona verde, jardines, antejardines, plazoleta, juegos cubiertos. (Negrilla no original).

(...)

Artículo 102: Aislamientos:

a. Antejardines: El Departamento Administrativo de Planeación Distrital fijará la profundidad de los antejardines de acuerdo al desarrollo del sector y a las normas sobre empates, hasta un máximo de 5.00 mts. Los antejardines de las construcciones que cumpliendo con el aislamiento respectivo tengan uso comercial, deben tratar esta área como prolongación de la zona dura del andén, no pudiendo existir cerramiento ni obstáculo alguno.

Parágrafo: Las áreas de Antejardines no podrán ser contabilizadas como áreas de estacionamiento dentro de la cuota de estacionamientos exigida.

28 El constituyente amplío conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente referida en la legislación civil (artículos 674 y 678 C.C.) (Corte Constitucional Sentencia C-346 de 1997. Antonio Barrera Carbonell.), teniendo en cuenta que no se limitó a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos bienes inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva. (Corte Constitucional Sentencia T-518 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo). La legislación ha incluido algunos elementos en el ámbito del espacio público. Estos elementos figuran en el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989 y han sido complementados posteriormente.

29 ACTO ADMINISTRATIVO No. 0744 de fecha 18 de noviembre de 2004 Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia.

Artículo 207: La Secretaria de Obras Públicas expedirá la Licencia de Construcción a los planos arquitectónicos de edificaciones que se pretendan construir en el Distrito Especial cuando éstos cumplan con las normas reglamentarias del presente Acuerdo y las demás normas específicas establecidas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

Para efectos estadísticos, investigativos y de evaluación, la Secretaría de Obras Públicas deberá enviar al Departamento Administrativo de Planeación Distrital copia de los planos y de la licencia de construcción aprobada.

Parágrafo: Los proyectos que por sus características requieran normas específicas, o aquellos que se desarrollen en áreas superiores al 50% de la manzana, requerirán la aprobación de la Junta de Planeación Distrital.

Artículo 208: La Secretaria de Obras Públicas una vez aprobados los planos arquitectónicos, podrá expedir a solicitud del interesado por una sola vez y por un término máximo de tres (3) meses, licencias o permiso para iniciar obras preliminares de construcción tales como descapote del lote, excavaciones, cerramientos, campamentos y pilotaje.

Acuerdo 36 de 1962. Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá.

Artículo 151. El que directamente o por interpuesta persona inicie o adelante edificación sin el correspondiente permiso de la Alcaldía, incurrirá en multas sucesivas de diez a quinientos pesos y además se ordenará la suspensión de la obra hasta cuando se conceda el permiso. Si lo construido sin permiso no pudiere ser autorizado conforme a los reglamentos distritales vigentes, se ordenará la demolición de la obra y si no la ejecutare el dueño, lo hará el Distrito a costa del contraventor.

Artículo 63. Las penas en que se incurre por la violación de las disposiciones de Policía Local son, para los mayores de diez y ocho años, sanos de la mente:

1. (...)
9. La suspensión o la destrucción de la obra.

Para las construcciones anteriores a la Ley 9 de 1989, se aplican las normas contenidas en el Acuerdo 7 de 1979, el cual señala que: el antejardín es el área libre de propiedad privada, es decir no se puede construir en él; a pesar de ser área privada la afecta a equipamiento comunal, incluso prohíbe contabilizarlo como área de estacionamiento; en los casos en que la construcción tenga uso comercial no permite cerramiento ni obstáculo alguno; la Secretaria de Obras Públicas expedirá la Licencia de Construcción de edificaciones que se pretendan construir en el Distrito Especial cuando éstos cumplan con las normas reglamentarias del presente Acuerdo y las demás normas específicas establecidas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital. [30]

30 ACTO ADMINISTRATIVO No. 1390 de fecha 30 de noviembre de 2005 de la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia.

NATURALEZA DE LOS ANTEJARDINES[31]

El artículo 5 de la Ley 9 de 1989 consagró que se entendía por espacio público

> *"...el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes".*

El Decreto Distrital 735 de 1993 por el cual se asigna y reglamenta el Tratamiento General de Actualización en las Áreas Urbanas, en relación con los antejardines, en el artículo 9 dispone que:

> *"El antejardín constituye un elemento arquitectónico natural de los inmuebles públicos y privados, hace parte del espacio público y, por tanto, sus normas son jerárquicamente superiores a las que regulan los demás aspectos del predio particular. En consecuencia, el antejardín no se puede cubrir para el ejercicio de las actividades que se desarrollen dentro del área edificada de un predio.*
>
> *El antejardín debe ser empradizado, excepto en las áreas requeridas para el acceso peatonal a las edificaciones, el acceso a garajes y la localización de parqueos, cuando estos últimos se permitan, en cuyo caso su tratamiento deberá regirse por las normas sobre espacio público correspondientes."*

De otra parte, el Decreto 1504 de 1998 "Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial", señala cuáles son los elementos constitutivos de espacio público. Así, en los literales d) y e) del numeral 2 del artículo 5, dispone:

> *"d) Son también elementos constitutivos del espacio público las áreas y elementos arquitectónicos espaciales y naturales de propiedad privada que por su localización y condiciones ambientales y paisajísticas, sean incorporadas como tales en los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que lo desarrollen, tales como cubiertas, fachadas, paramentos, pórticos, antejardines, cerramientos;*
>
> *e) De igual forma se considera parte integral del perfil vial, y por ende del espacio público, los antejardines de propiedad privada."*

Por último, el artículo 239 del Decreto 190 de 2004 define el Sistema de Espacio Público de la siguiente manera:

> *"El espacio público, de propiedad pública o privada, se estructura mediante la articulación espacial de las vías peatonales y andenes que hacen parte de las*

31 ACTO ADMINISTRATIVO No. 0058, de fecha 28 de abril de 2004, de la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo De Justicia.

vías vehiculares, los controles ambientales de las vías arterias, el subsuelo, los parques, las plazas, las fachadas y cubiertas de los edificios, las alamedas, los antejardines y demás elementos naturales y construidos definidos en la legislación nacional y sus reglamentos."

POSICIÓN DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO

El Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público en el concepto 2004EE11096 de fecha 31 de agosto de 2004 señaló lo siguiente:

"Siendo de este modo la apreciación de este Despacho en relación con la caducidad de la sanción, es claro que ante el vencimiento del término establecido para sancionar la autoridad competente inequívocamente perderá la competencia sancionadora, como podría ser la de resolver de manera preclusiva sobre la demolición de una construcción u obra en áreas de antejardín, en actuaciones en donde esté claramente establecido y demostrado el vencimiento del término de caducidad."

POSICIÓN DE LA SECRETARÍA DE GOBIERNO

La Secretaría de Gobierno en el concepto 3-2006-25351 de fecha 10 de julio de 2006 frente a la pregunta 2.3.referente a si es aplicable la figura de la caducidad contemplada en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, respecto de las sanciones para construcciones en antejardines, respondió:

"...el fenómeno de la caducidad no opera para las actuaciones administrativas que se tramiten con ocasión a infracción urbanística sobre antejardines, teniendo en cuenta que han sido definidos como elementos constitutivos del espacio público, derecho colectivo que prima sobre el interés particular, siendo aplicable para estas áreas las disposiciones contenidas en los artículos 58 y 83 de la Constitución Política, así como la Ley 9 de 1989, Ley 810 de 2003, Decreto 1504 de 1998, Decreto 190 de 2004 (POT), Acuerdo 6 de 1990, Decreto 735 de 1993 y Acuerdo 7 de 1979.

Por lo anterior, como quiera que existen disposiciones especiales para el tratamiento, control y conservación de los antejardines como elementos constitutivos del espacio público, no es aplicable el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo."

POSICIÓN DEL CONSEJO DE JUSTICIA

La Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia al decidir el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por la Alcaldía Local de Antonio Nariño mediante Resolución No. 75 del 4 de agosto de 2003 que ordenó la restitución del espacio público correspondiente al área de antejardín del predio de la Avenida 27 No. 39A-76 sur, señaló la improcedencia de la caducidad en antejardines, mediante el Acto Administrativo No. 1017 de fecha 31 de agosto de 2005, Número de radicación: 037-00 (2004-0936) donde concluyó:

> *"...respecto de infracciones urbanísticas por intervenciones que afectan el espacio público como es el área de antejardín, no es predicable la caducidad de la facultad sancionadora de la administración."*

Sobre el particular el Consejo de Justicia fundamentó sus decisiones en la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, del 14 de junio de 2001 expediente No. 6569, donde se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 21 de julio de 2000, por medio de la cual la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la decisión adoptada por la Alcaldía Local de Suba en la diligencia realizada el 21 de agosto de 1997, revocando la sentencia apelada; y, en su lugar dispuso negar las súplicas de la demanda.

El fallo emitido por la Alcaldía Local de Suba, confirmado en el fallo de segunda instancia del Consejo de Justicia de Bogotá, mediante acta No. 030 de 22 de octubre de 1998, ordenó la demolición de tres locales construidos en área de antejardín.

El Tribunal declaró la nulidad de la decisión adoptada por la Alcaldía Local de Suba, el 21 de agosto de 1997, y del Acta núm. 030 de 22 de octubre de 1998 del Consejo de Justicia de Bogotá, toda vez que la fecha en que se inició la actuación (21 diciembre/94), a la fecha del fallo del Consejo de Justicia (22 de octubre de 1998), operó la caducidad de esta acción y se habían perdido las facultades de las autoridades para proceder a aplicar la sanción.

Al respecto el Consejo de Estado, consideró lo siguiente.

> *"Como con acierto lo considera el a quo, las normas que regulan en forma especial la materia urbanística (Leyes 9ª de 1989 y 338 de 1997 y los Códigos de Policía Nacional y Distrital), no prevén específicamente un término dentro del cual deba ejercerse la facultad que detenta la administración para controlar conductas como la que origina este debate. Por ello, la Sala advierte que el asunto sub examine debe analizarse desde un punto de vista distinto, aquel determinado por la clase de acción ejercida por los querellantes en procura de la restitución del espacio público.*

...

El recuento fáctico muestra a la Sala que, en efecto, en el presente asunto se está en frente del ejercicio de una de las acciones antes comentadas, destinada a la restitución del espacio público ocupado por los demandantes a raíz de la construcción de los locales comerciales a que ya se hizo referencia. Luego, al perseguirse la restitución de ese espacio público para el uso y goce de la comunidad, como ya se advirtió, no puede darse aplicación al artículo 38 del C.C.A.

Las consideraciones que anteceden muestran que la decisión adoptada por la Administración, mediante los actos demandados, fue proferida conforme con lo ordenado por la legislación vigente, dado que al trámite propio de las acciones como la ejercida por los residentes del barrio Victoria Norte, entre ellos Guillermo Robles, en procura de la restitución del espacio público ocupado sin justo título por José Hernando Martínez Rodríguez y Rosa Lina Cristancho López, escapa al término consagrado en el artículo 38 del C.C.A., razón que lleva a la Sala a observar que las consideraciones en que se apoyó el Tribunal a quo para fallar, no son de recibo y, por ende, la decisión apelada deberá revocarse, implicando ello que los demás cargos formulados en la demanda deben ser despachados."

CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, compartimos la misma línea del Consejo de Justicia como máximo organismo de administración de justicia policiva en el Distrito Capital[32], que adoptó ésta posición sobre la improcedencia de la caducidad en antejardines. Toda vez que para adelantar obras de construcción se requiere Licencia o permiso de la autoridad competente, quien infrinja este requerimiento se hace acreedor a la sanción respectiva, y para aplicar las sanciones no debe operar el fenómeno de la caducidad, por tratarse de zonas que hacen parte del sistema de espacio público.

Ésta resulta ser la posición vigente del máximo organismo de administración de justicia policiva en el Distrito Capital, pues en el Acto Administrativo No. 148 de fecha 31 de enero de 2006 Radicación 2658-99 declaró la infracción de las normas urbanísticas por las obras realizadas en el área de antejardín, por considerar que, el antejardín constituye un elemento arquitectónico especial que hace parte del espacio público y por tanto trasciende el límite de los intereses particulares. En consecuencia no puede operar la caducidad de la facultad que tiene la administración para imponer medidas y sanciones.

De otra parte, conocida la decisión administrativa del Consejo de Justicia, se considera que esta prima sobre el Concepto 2004EE11096 del día 31 de agosto de 2004 del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público.

32 Acuerdo 79 de 2003 Art. 189

Es de advertir, que el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público ha avanzado sobre el tema y en los conceptos 2006EE11449 de fecha 22 de agosto de 2006 y 2007EE1786 de fecha 20 de febrero de 2007 ha manifestado su remisión a los actos administrativos del Consejo de Justicia, es decir, que en este asunto ya no existe discrepancia entre la Secretaría de Gobierno y el DADEP, sino que la posición de la Administración Distrital es justamente la que se ha planteado, es decir, la improcedencia de caducidad por construcciones en antejardines.

Frente a la afirmación que hace el señor Miguel Angel Alarcón Mora, sobre la caducidad de tres años que trae la Ley 810 de 2003, se encontró que dicha Ley no hizo referencia a la caducidad de la sanción administrativa, sino que es el artículo 38 del C.C.A el que dispone un plazo de tres años para sancionar, aclarando que frente a bienes que hacen parte del espacio público no se aplica la caducidad que trae el Código Contencioso Administrativo como lo dispuso el Consejo de Estado, en el fallo antes citado.

En estos términos damos respuesta a su solicitud, cualquier inquietud al respecto estaremos atentos en atenderla.

Cordial Saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

C. Información:

Dr. Migue Ángel Alarcón Mora. Presidente de la Comisión de Gobierno de la Junta Administradora Local de Engativá. Calle 71 No. 73 A – 44.

Dr. Raúl Navarro Mejía. Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Gobierno. Calle 16 No. 6 – 66 Edificio Avianca Piso 32

Dr. German Darío Rodríguez. Director del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público. Carrera 30 No. 24 – 90 Piso 15

Dra. Norma Leticia Guzmán Rimolli. Directora de Apoyo a Localidades de la Secretaría de Gobierno. Calle 16 No. 6 – 66 Edificio Avianca Piso 32

Dra. Fabiola Ramos Bermúdez. Subsecretaria Jurídica de la Secretaría de Planeación. Carrera 30 No. 24 – 90 Piso 8

Dra. Cesar Augusto Brausín Arévalo. Presidente del Consejo de Justicia. Calle 14 No. 8-53 – Piso 3 Edificio Furatena

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros

Revisó: Manuel Ávila Olarte

8295 – 9434

Radicados de salida 2-2007-32300 21/06/07

2-2007-32301 21/06/07

Bogotá, D.C.

Doctora
MARTHA LUCÍA NOVOA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP
Ciudad

Asunto: Concepto – Alumbrado público en Unidades Inmobiliarias Cerradas e Inventarios. Radicación: 1-2007-13654

Cordial saludo,

Esta Secretaría ha recibido la solicitud del Asunto por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, requiere que se realice un análisis sobre el pago del alumbrado en las Unidades Inmobiliarias Cerradas y el inventario de infraestructura de iluminación presentado por CODENSA S.A. E.S.P, para la prestación del servicio de energía eléctrica en la Ciudad.

Al respecto es pertinente anotar que sobre la materia han existido pronunciamientos de varias Entidades, por lo que se anotarán dentro del documento las diferentes posiciones tanto de los Organismos del nivel Distrital como los del Nacional.

I. Antecedentes constitucionales, legales y conceptuales sobre la materia

¨ **Ley 428 de 1998** "por la cual se adiciona y reglamenta lo relacionado con las unidades inmobiliarias cerradas sometidas al régimen de propiedad horizontal", si bien esta norma fue derogada por la Ley 675 de 2001, establece en su artículo 38 sobre los servicios públicos domiciliarios comunes en las Unidades Inmobiliarias Cerradas lo siguiente:

"Los consumos de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, energía y gas en las zonas comunes y el espacio público interno de las Unidades Inmobiliarias Cerradas, serán pagados por los copropietarios de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 142 del 12 de julio de 1994".

¨ **Ley 675 de 2001** "Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal", por su parte esta disposición señala lo siguiente sobre los mismos servicios Públicos Domiciliarios Comunes en las UIC, en su artículo 81:

"Los consumos de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, energía y gas en las zonas comunes y el espacio público interno de las Unidades Inmobiliarias Cerradas serán pagados por estas de acuerdo en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 32 de la presente ley". (subraya fuera de texto)

A su vez define las Unidades Inmobiliarias Cerradas como[33]: conjuntos de edificios, casas y demás construcciones integradas arquitectónica y funcionalmente, que comparten elementos estructurales y constructivos, áreas comunes de circulación, recreación, reunión, instalaciones técnicas, zonas verdes y de disfrute visual; cuyos propietarios participan proporcionalmente en el pago de expensas comunes, tales como los servicios públicos comunitarios, vigilancia, mantenimiento y mejoras. (subraya fuera de texto)

El acceso a tales conjuntos inmobiliarios se encuentra restringido por un encerramiento y controles de ingreso.

El artículo 3° de la misma disposición determina que son expensas comunes necesarias las "Erogaciones necesarias causadas por la administración y la prestación de los servicios comunes esenciales requeridos para la existencia, seguridad y conservación de los bienes comunes del edificio o conjunto. Para estos efectos se entenderán esenciales los servicios necesarios, para el mantenimiento, reparación, reposición, reconstrucción y vigilancia de los bienes comunes, así como los servicios públicos esenciales relacionados con estos... (subraya fuera de texto)

Y el parágrafo del artículo 32 de la norma dispone: Objeto de la persona jurídica.

Parágrafo. Para efectos de facturación de los servicios públicos domiciliarios a zonas comunes, la persona jurídica que surge como efecto de la constitución al régimen de propiedad horizontal podrá ser considerada como usuaria única frente a las empresas prestadoras de los mismos, si así lo solicita, caso en el cual el cobro del servicio se hará únicamente con fundamento en la lectura del medidor individual que exista para las zonas comunes; en caso de no existir dicho medidor, se cobrará de acuerdo con la diferencia del consumo que registra el medidor general y la suma de los medidores individuales.

- **Resolución Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG 043 de 1995** *"Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de servicios públicos domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público".*

Esta disposición define en su artículo 1 el servicio de alumbrado público así:

Servicio de Alumbrado Publico: Es el servicio público consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con

33 Artículo 63 Ley 675 de 2001.

el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el Municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular. (Subraya fuera de texto)

¨ **Convenio 766 de 30 de abril de 1997 suscrito entre la Empresa de Energía de Bogotá S.A. – E.S.P. y la UESP, para la prestación del servicio de alumbrado público.**

En este convenio se acordó que la EEB continuaría garantizando al Distrito Capital la prestación del servicio de alumbrado público durante los años 1997 y siguientes, suministrando la energía y utilizando para el efecto sus sistemas de transmisión y distribución incluyendo postes, redes, transformadores exclusivos para alumbrado público, luminarias y demás elementos requeridos, ajustándose a las características técnicas establecidas en los Códigos de Distribución de Redes vigentes.

En él se estableció además que la EEB debía realizar la actualización de los inventarios físicos de luminarias al menos una vez cada tres años y se acordó la posibilidad de ceder el contrato, el cual en efecto fue cedido a CODENSA dado el proceso de reestructuración de la Empresa de Energía.

¨ **Acuerdo de enero 25 de 2002 suscrito entre la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos – UESP y CODENSA S.A. - E.S.P.**

En este acuerdo se estableció la metodología para calcular la remuneración del prestador del servicio de alumbrado público de Bogotá; además se convino la forma de pago y la ejecución de otras actividades tendientes al mejoramiento de la calidad del servicio.

En cuanto a la realización de inventarios este acuerdo dispuso que CODENSA dentro de los 8 meses siguiente a su firma efectuaría un inventario georeferenciado de la infraestructura del servicio de alumbrado público que se comparará con el censo agregado existente, a fin de determinar diferencias, las que, en caso de existir, darán lugar a la reliquidación de los costos de la prestación del servicio y por ende de la remuneración correspondiente y respecto a los períodos que procedan.

¨ **Transacción Abril 9 de 2002. Contrato celebrado entre la UESP y CODENSA**

Se suscribió con el fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes, con ocasión de la ejecución del convenio 766 de 1997, en relación con la facturación y pago del servicio de alumbrado prestado durante los años 1998, 1999 y 2000.

Por medio de este contrato CODENSA declara a paz y salvo por todo concepto al Distrito y lo libera de toda obligación en relación con el pago del servicio de alumbrado prestado durante los años 1998 a 2000; se obliga igualmente a retirar o desistir de la demanda presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá por los saldos insolutos y renunció a iniciar cualquier acción judicial o extrajudicial contra el Distrito.

" **Acta de recibo inventario de 31 de diciembre de 2003.**

En virtud de lo establecido en el Acuerdo de enero 25 de 2002, se suscribió el 31 de diciembre de 2003 un acta de recibo del inventario georeferenciado de la infraestructura de alumbrado público. Se acordó en esta acta que en los sectores y zonas con cerramiento con infraestructura rotulada y sin rotular, se continuará conjuntamente entre la UESP y CODENSA con el proceso de identificación de zonas de cesión tipo A y B, con el fin de incluir en el inventario las luminarias de las cesiones tipo A y excluir aquellas de las cesiones tipo B y además se dejó como responsabilidad de CODENSA la instalación de medidores y la independización de las redes y las demás acciones necesarias ante los usuarios o habilitantes de este tipo de sectores con cerramiento.

En este documento se reiteró que de presentarse modificaciones a la base de datos del inventario georeferenciado, con la debida justificación o soporte para la adición y/o eliminación de luminarias con posterioridad a la firma de recepción del inventario, en concordancia con lo establecido en el artículo 6 y el parágrafo 1 del acuerdo del 25 de enero de 2002, éstas darán lugar a la reliquidación de los costos de la prestación del servicio para los períodos que procedan.

" **Consejo de Estado. Expediente 17361 de julio de 2000 C.P. María Elena Giraldo Gómez**

Resolvió esta Corporación: "Ahora bien, que el servicio de alumbrado público pertenezca a la categoría de servicio público, no significa que se trate de un servicio público domiciliario. El servicio de alumbrado público no es un servicio público domiciliario; presenta características propias que lo hacen diferente de aquél."

" **Conceptos Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG**

1. MME CREG – 4411 del 6 de diciembre de 2002:

El concepto transcribe el artículo 1° de la Resolución CREG 043 de 1995 y los artículos 63 y 81 de la Ley 675 de 2001 sobre propiedad horizontal, ya citados e indica:

"Como se anotó precedentemente el artículo 1 de la Resolución 043 de 1995 define el alumbrado público y los artículos señalados de la Ley 675 de 2001 contienen la definición de Unidades Inmobiliarias Cerradas como conjuntos de edificios, casas y demás construcciones integradas arquitectónica y funcionalmente, que comparten elementos estructurales y constructivos, áreas comunes de circulación, recreación, reunión, instalaciones técnicas, zonas verdes y de disfrute visual; cuyos propietarios participan proporcionalmente en el pago de expensas comunes, tales como los servicios públicos comunitarios, vigilancia, mantenimiento y mejoras y los servicios Públicos Domiciliarios Comunes indicando que los consumos de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, energía y gas en las zonas comunes y el espacio público interno de las UIC serán pagados por estas de acuerdo en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 32 de esa ley".

Así concluye el pronunciamiento:

"De la norma trascrita se concluye que el servicio de iluminación que se presta en un determinado lugar, para que pueda ser considerado alumbrado público, debe reunir las siguientes condiciones:

a. Debe prestarse en vías públicas, parques públicos u otros espacios de libre circulación.

b. Los lugares o espacios que se acaban de mencionar, no deben estar a cargo de personas jurídicas o naturales diferentes del municipio.

c. El servicio de iluminación debe tener como finalidad, permitir la visibilidad adecuada para el desarrollo normal de las actividades peatonales y vehiculares".

Y posteriormente indica "Las áreas de circulación de las Unidades Inmobiliarias Cerradas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 675 de 2001, son: las "vías de acceso vehicular y áreas de circulación peatonal para acceder a los inmuebles", las cuales deben estar dotadas "con la debida iluminación y señalización". Las áreas de circulación, junto con las áreas de recreación, áreas de uso social, zonas verdes, áreas de servicios, parqueaderos, etc., hacen parte de lo que la Ley denomina las áreas sociales y comunes.

Por lo anterior, las vías de acceso vehicular y las áreas de circulación peatonal que conforman las áreas de circulación de las Unidades Inmobiliarias Cerradas, así como las demás zonas comunes están sometidas al régimen de copropiedad privada y, por tanto, son de acceso restringido y controlado por sus copropietarios.

La iluminación de las zonas comunes y de espacios públicos internos es un servicio público domiciliario a cargo de la copropiedad que no puede recibir el tratamiento de alumbrado público debido a que reúne las condiciones del servicio de conformidad con lo previsto en la Resolución CREG 043 de 1995".

¨ Concepto de la CREG S-2005-001167 del 15 de abril de 2005 y Concepto CREG S-2005-0011168 del 15 de abril de 2005.

La Comisión de Regulación al resolver una consulta formulada por el Alcalde de Chía sobre el tema de alumbrado al interior de conjuntos cerrados, concluye que no existen servicios de alumbrado público en las zonas comunes y en el espacio público interno de un conjunto residencial cerrado, existe un usuario, con los mismos derechos y responsabilidades ante la empresa de servicios públicos y ante la ley.

¨ Concepto SSPD-OJ-2006-336 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Este concepto señala que "La Iluminación, que se presta en las zonas comunes y en el espacio público interno de las Unidades Inmobiliarias Cerradas, no es un servicio cuya prestación este a cargo del municipio. Esto es, mientras que el pago del Servicio de Alumbrado Público es de responsabilidad del respectivo municipio como ya se ha mencionado, el pago del servicio de ilu-

minación o de alumbrado que se presta en las zonas comunes o en los espacios públicos internos es de responsabilidad de los respectivos copropietarios, se entiende entonces, que el servicio de energía que se presta en las zonas comunes y en el espacio público interno, es servicio público domiciliario y no Servicio de Alumbrado Público, que es el definido por la Resolución CREG-043 de 1995 y en consecuencia se trata de normas jurídicas que regulan materias distintas".

¨ Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP.

La Oficina Jurídica de la UAESP, fijó su posición frente a la materia mediante concepto 1773 de marzo 26 de 2007.

En este pronunciamiento consideró que como quiera que CODENSA S.A. E.S.P., cesionario de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, del Convenio 766 de 1997 recibió todos los derechos y obligaciones de ésta relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público en la ciudad, las condiciones de prestación del servicio no sufrieron variación alguna con la entrada de CODENSA en la misma.

Por lo anterior, CODENSA como operador debió incluir dentro de la facturación del servicio solamente la infraestructura que se ajustara a la definición acordada por las partes dentro del Convenio 766/97, en la cual no se encontraban las Unidades Inmobiliarias Cerradas, dada su naturaleza privada, de conformidad con las normas reglamentarias sobre la materia.

¨ Secretaría Distrital de Hacienda

Esta Entidad ha conceptuado que "El servicio de iluminación que se presta en un determinado lugar, para que pueda ser considerado alumbrado público, debe reunir las siguientes condiciones:

Debe prestarse en vías públicas, parques u otros espacios de libre de circulación.

Los lugares o espacios que se acaban de mencionar, no deben estar a cargo de personas jurídicas o naturales diferentes del municipio.

El servicio de iluminación debe tener como finalidad, permitir la visibilidad adecuada para el desarrollo normal de las actividades peatonales y vehiculares.

Las zonas comunes y espacios internos de las unidades inmobiliarias cerradas no son espacios de libre circulación, únicamente para las personas que habiten o permanezcan en la respectiva Unidad Inmobiliaria Cerradas (artículo 30). No sucede lo mismo con las vías públicas, parques públicos y otros espacios de libre circulación en los cuales se presta el servicio de alumbrado público, que además de no estar sometido al régimen de propiedad o copropiedad privada, su acceso no es restringido ni controlado por los particulares.

Las zonas comunes y espacios internos de las Unidades Inmobiliarias Cerradas se encuentran a cargo de éstas, que son personas jurídicas (Art. 3 y 24)"

II. Posición de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

1. Alumbrado de zonas comunes de las Unidades Inmobiliarias Cerradas

La Corte Constitucional[34] ha definido los servicios públicos domiciliarios como aquellos que se prestan a través de sistemas de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

En este mismo sentido la Ley 142 de 1994, define el servicio público domiciliario de energía eléctrica[35] como el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

De las normas, conceptos y jurisprudencia transcritos precedentemente, se observa que el alumbrado público es un servicio no domiciliario, como sí lo son por ejemplo el servicio de energía que llega hasta el domicilio del usuario y en este mismo sentido el servicio de alumbrado de zonas comunes de las UIC, pues éstas están constituidas por los inmuebles (domicilios) de cada uno de los propietarios o copropietarios de la UIC.

Lo anterior implica que el servicio de energía que se presta en las zonas comunes de las UIC, constituye un servicio público domiciliario y conforme a la Ley 675 de 2001, debe ser asumido por la persona jurídica constituida por la UIC.

Ello de conformidad con el artículo 32 de la Ley 675 de 2001 que como se señaló atrás fija para efectos de facturación de los servicios públicos domiciliarios en zonas comunes, que la persona jurídica que surge como efecto de la constitución al régimen de propiedad horizontal podrá ser considerada como usuaria única frente a las empresas prestadoras de los mismos si así lo solicita.

Es decir, las obligaciones que surgen de la conformación de la persona jurídica como tal deben ser asumidas por ésta como sujeto de derechos y obligaciones. No pueden entenderse de otra manera los artículo 3°, 32, 63 y 81 de la Ley 675 de 2001, de los cuales queda claro que la persona que se constituye es la responsable de los servicios públicos que se generen en las zonas comunes de la misma.

Si se pensara que en las zonas comunes de las UIC existe alumbrado público, se desconocería,

34 Corte Constitucional Sentencia C-205 de 1995 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Mayo 11 de 1995. Aprobado por Acta Nº 16.

35 Artículo 3 numeral 14.25 Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones

además de la normatividad sobre la materia, el principio de igualdad contenido en el artículo 13 Constitucional, pues en ese evento no sólo deberían los municipios como responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, asumir el costo del alumbrado en las zonas comunes de las UIC, sino igualmente el alumbrado que se generaría en cualquier edifico no sometido a propiedad horizontal, esto es el generado por ejemplo en las escaleras de un edificio como el señalado, y así con cada uno de este tipo de inmueble.

En efecto, no existe ninguna discrepancia entre las diferentes posiciones asumidas por las Entidades y Organismos referidos anteriormente, esto es, todos sin excepción llegan a la misma conclusión, el alumbrado generado en las zonas comunes de las Unidades Inmobiliarias Cerradas no se encuentra contenido dentro de la definición de alumbrado público, que es el que debe ser asumido por los municipios o distritos, por lo cual el mismo debe ser pagado por la persona jurídica de la UIC, y no existe excepción al respecto.

En conclusión, como quiera que no existe título jurídico alguno para que el Distrito asuma el costo del alumbrado que ha sido prestado en los espacios comunes de las UIC, éste debe ser facturado a las mismas y cobrado por la empresa prestadora del servicio.

En este sentido, a partir de la suscripción del Convenio 766 de 1997, entre la UESP y la EEB, y el cual fue posteriormente cedido legalmente a CODENSA es claro que el Distrito sólo asumiría el valor del alumbrado público, el cual se reitera no corresponde a las zonas comunes de las UIC, acatando además la definición contenida en la Resolución 043 de la CREG, la cual es precisamente citada dentro del convenio suscrito. No puede indicarse que esta Resolución fuera desconocida por las partes, por lo cual era obligación de CODENSA facturar a las personas jurídicas correspondientes el valor del servicio prestado.

De lo expuesto se concluye lo siguiente:

1. El alumbrado de las zonas comunes de las unidades Inmobiliarias Cerradas - UIC no es alumbrado público y por lo mismo no puede ser cancelado por el Distrito Capital.
2. Las partes (hoy UAESP Y CODENSA) al suscribir el Convenio 766 de 1997, estipularon con absoluta claridad qué se entendía por alumbrado público y sobre dicho concepto se firmó el convenio. Dicho concepto excluye las zonas que están a cargo de personas naturales o jurídicas diferentes al D.C., como lo son las zonas comunes de las UIC.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Proyectó: Ximena Aguillón Mayorga
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-27345 28/05/07
Bogotá D. C.,

Doctor
TOMAS EDUARDO PACHÓN SÁNCHEZ
Director Técnico de Espacio Público
Instituto de Desarrollo Urbano - IDU-
Ciudad.

ASUNTO: Concepto. Uso de Antejardines para venta de bebidas embriagantes.
Radicado. 1-2007-16967

Respetado doctor Pachón:

Hemos recibido su comunicación donde somete a consideración de este Despacho el concepto jurídico DTL 6000 12379 de marzo 15 de 2007, emitido por la Dirección Técnica Legal del IDU, en la que se absolvió su inquietud referente a las condiciones para la autorización de uso temporal de antejardines, cuando están destinados al consumo de bebidas embriagantes, al respecto la Dirección Técnica Legal del IDU, respondió que no es posible que dicha entidad realice ningún tipo de condicionamiento especial para autorizar el uso temporal de los antejardines, cuando en ninguna norma se le esta dando esta facultad y por otro lado existen mecanismos para evitar el consumo de bebidas embriagantes en espacios públicos, al respecto es necesario tener en cuenta el siguiente marco normativo:

NATURALEZA DE LOS ANTEJARDINES[36]

El Decreto Distrital 735 de 1993 por el cual se asigna y reglamenta el Tratamiento General de Actualización en las Áreas Urbanas, en relación con los antejardines, en el artículo 9 dispone que:

> *"El antejardín constituye un elemento arquitectónico natural de los inmuebles públicos y privados, hace parte del espacio público y, por tanto, sus normas son jerárquicamente superiores a las que regulan los demás aspectos del predio particular. En consecuencia, el antejardín no se puede cubrir para el ejercicio de las actividades que se desarrollen dentro del área edificada de un predio.*

36 ACTO ADMINISTRATIVO No. 0058, de fecha 28 de abril de 2004, de la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo De Justicia.

El antejardín debe ser empradizado, excepto en las áreas requeridas para el acceso peatonal a las edificaciones, el acceso a garajes y la localización de parqueos, cuando estos últimos se permitan, en cuyo caso su tratamiento deberá regirse por las normas sobre espacio público correspondientes."

De otra parte, el Decreto 1504 de 1998 que reglamentó el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial, señala cuáles son los elementos constitutivos de espacio público. Así, en el literal e) del numeral 2 del artículo 5, dispone:

"e) De igual forma se considera parte integral del perfil vial, y por ende del espacio público, los antejardines de propiedad privada.

Por último, el artículo 239 del Decreto 190 de 2004 define el Sistema de Espacio Público de la siguiente manera:

"El espacio público, de propiedad pública o privada, se estructura mediante la articulación espacial de las vías peatonales y andenes que hacen parte de las vías vehiculares, los controles ambientales de las vías arterias, el subsuelo, los parques, las plazas, las fachadas y cubiertas de los edificios, las alamedas, los antejardines y demás elementos naturales y construidos definidos en la legislación nacional y sus reglamentos." (Subrayas fuera de texto)

PROHIBICIÓN DE CONSUMIR BEBIDAS EMBRIAGANTES EN ESPACIOS PÚBLICOS

El numeral 3.5 del artículo 27 del Acuerdo 79 de 2003 Código de Policía de Bogotá prescribe:

"Se deben observar los siguientes comportamientos que favorecen la preservación de la salud en relación con las bebidas embriagantes:

3. No vender o consumir bebidas embriagantes en los siguientes lugares:

3.5. Espacios públicos. (...)"

NORMAS APLICABLES A LOS ANTEJARDINES

El artículo 14 del Decreto 325 de 1992 establece las condiciones de funcionamiento del comercio, señalando que:

- *"La actividad comercial que se desarrolle en los establecimientos,* ***no puede ocupar área de antejardines*** *o de andenes, ni contravenir los reglamentos de copropiedad o de propiedad horizontal." (Subraya fuera de texto)*

Entonces, no basta que el uso sea permitido, se requiere que las estructuras físicas sean adecuadas para el ejercicio del uso comercial y que se minimice el impacto en el sector de conformidad con

las normas pertinentes, aspectos que se garantizan con la obtención de la licencia de construcción, reconocimiento o adecuación (art. 326 del POT) [37]

Posteriormente, el Decreto 1120 de 2000 *"Por el cual se reglamentan los numerales 5,6,7,8,9, 10 y 11 del articulo 260[38] del Decreto 619 de 2000- Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D.C.,"* estableció el mobiliario urbano para antejardines, indicando que elementos son los que se pueden utilizar en este espacio, entre ellos mesas plegables tipo MA-10 o Similar, las cuales deben ser plegable o apilable, con las referencias y especificaciones indicadas en la cartilla de Mobiliario Urbano.

En el literal a) del artículo 2 se señalan las normas generales para el uso de los antejardines en ejes comerciales.

> *a. "Se permite el uso de antejardines en ejes comerciales en los horarios definidos en las normas de policía para establecimientos de la misma índole."*

De conformidad con el artículo 3 del mismo Decreto, para el uso de los respectivos antejardines en los ejes comerciales, los interesados en ejercer las actividades comerciales deben presentar ante el Instituto de Desarrollo Urbano, los proyectos integrales de espacio publico de mínimo un costado de manzana, en donde se incluya el uso respectivo.

Por último, el artículo 270 del Decreto 190 de 2004, señaló las normas aplicables a los antejardines las cuales se transcriben a continuación.

> *"1. No se permite el estacionamiento de vehículos en antejardín.*
>
> *2. Los antejardines en áreas residenciales deberán ser empradizados y arborizados, exceptuando las zonas para ingreso peatonal y vehicular.*
>
> *3. Los antejardines no se pueden cubrir ni construir.*
>
> *4. No se permiten escaleras ni rampas en los antejardines.*
>
> *5. En zonas con uso comercial y de servicios, en las cuales se permita el uso temporal del antejardín, éste se deberá tratarse en material duro, continuo, sin obstáculos ni desniveles para el peatón y mediante un diseño unificado en los costados de manzana. Sólo podrán ubicarse los elementos de mobiliario urbano adoptados por la Administración Distrital.*

37 ACTO ADMINISTRATIVO No. 0040, de fecha 16 de abril de 2004 de la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia.

38 Actualmente corresponde al artículo 270 del Decreto 190 de 2004.

6. Únicamente se permitirán los usos que no requieran almacenaje o desarrollo de construcciones especializadas. La autorización de este es uso temporal y exclusiva del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU). (Subraya fuera de texto)

7. Los antejardines de los establecimientos comerciales podrán habilitarse para el uso temporal, cuando en la vía en la cual se desarrolla la actividad comercial, se haya construido el respectivo proyecto integral de recuperación del espacio público, incluyendo dichos antejardines.

8. En ningún caso el uso temporal del antejardín podrá interferir la circulación peatonal sobre el andén.

9. El uso del antejardín no confiere derechos adicionales sobre el espacio utilizado.

10. No se permite el cerramiento de antejardines en zonas con uso comercial y de servicios.

11. En áreas residenciales se permitirá el cerramiento de antejardines, cuando así lo establezca la respectiva ficha normativa y se cumpla como mínimo con las siguientes condiciones:90% de transparencia, 1.60 metros de altura máxima, con un posible zócalo hasta de 0.40 metros. La aprobación de estos cerramientos es exclusiva de las Curadurías Urbanas.

12. En predios institucionales, el cerramiento del antejardín se definirá mediante el respectivo Plan Maestro de Equipamiento, o el correspondiente Plan de Implantación o de Regularización y de Manejo.

13. En los bienes de interés cultural, el cerramiento de los antejardines dependerá de las características arquitectónicas, urbanísticas e históricas del inmueble. En los casos en que los propietarios pretendan realizar cerramientos cuyas características sean diferentes a las permitidas en los demás numerales de este artículo, será necesaria la aprobación de la intervención por parte del DAPD, quien podrá solicitar el concepto técnico del Comité Técnico Asesor de Patrimonio.

14. En predios institucionales, el cerramiento del antejardín se definirá mediante el respectivo Plan Maestro de Equipamiento, o el correspondiente Plan de Implantación o de Regularización y de Manejo.

Parágrafo. Se entiende por proyecto integral de recuperación del espacio público, el diseño, la arborización, la localización del mobiliario urbano, la iluminación, el tratamiento de pisos en andenes

y antejardines, el manejo de calzadas vehiculares y, en general, la organización de los elementos de espacio público de paramento a paramento."

ANTEJARDINES EN ZONAS COMERCIALES[39]

En atención a las normas de uso del suelo del Distrito Capital, los antejardines no pueden destinarse a usos comerciales. Lo anterior halla su excepción en aquellos eventos en los cuales se cumpla con ciertas reglas urbanísticas señaladas en el artículo 270 del POT.

Así, de conformidad con la norma citada, el área de antejardín debe mantenerse empradizada salvo las áreas de acceso al inmueble. Sólo puede ser encerrada con autorización de Curaduría Urbana y nunca puede ser cubierta.

Adicionalmente, sólo puede utilizarse en el ejercicio de comercio previo cumplimiento de ciertas reglas urbanísticas, cuya verificación y aprobación corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y en tales eventos, no puede encerrarse.

CONCLUSIÓN

En conclusión, la facultad para que el IDU, pueda otorgar permisos para que en los antejardines se ejerza actividad comercial se encuentra consagrada en el artículo 270 Numeral 6 del Decreto 190 de 2004[40] y en el Decreto 1120 de 2000.

Para emitir las autorizaciones de ocupación temporal de los antejardines y realizar las recomendaciones para que en estos espacios sean instalados únicamente elementos de mobiliario de antejardines, el primer requisito cuyo cumplimiento debe verificar el IDU es el atinente al cumplimiento de las normas referentes al uso del suelo expedidos por el Distrito Capital. Lo anterior, de conformidad, con el artículo 121 del Decreto Nacional 1355 de 1970 que prescribe: "La ubicación de fábricas y de comercios estará sujeta a los reglamentos nacionales o locales sobre utilización de terrenos urbanos y rurales".

Al respecto, el Plan de Ordenamiento Territorial, dispone que se deben observar dos situaciones: 1) que en el inmueble se ejerzan sólo aquellas actividades comerciales que están permitidas en el sector de conformidad con las normas de planeación urbanística del Distrito, y 2) que la estructura urbana y del inmueble correspondan a las requeridas por el ordenamiento urbanístico para soportar el ejercicio de la actividad comercial que se pretenda ejercer, como bien lo dispuso el Concejo de Justicia en el Acto Administrativo 1303 de 2005.

39 ACTO ADMINISTRATIVO No. 1303, de fecha 16 de noviembre de 2005 de la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia.

40 Antes correspondia a l artículo 260 numeral 8 del Decreto 619 de 2000.

Es de señalar que el ejercicio de la actividad comercial en antejardines solo es posible cuando el Instituto de Desarrollo Urbano apruebe el proyecto integral de Espacio Público y certifique la culminación de las obras correspondientes.

En consecuencia, el antejardín sólo puede utilizarse en el ejercicio de comercio previo cumplimiento de ciertas reglas urbanísticas, cuya verificación y aprobación corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y en tales eventos, no puede encerrarse, como lo determinó el Consejo de Justicia en el Acto Administrativo 1303 de 2005.

Lo anterior, sin violar el Código de Policía de Bogotá que prohíbe el consumo de bebidas embriagantes en espacio público, en consecuencia el IDU al otorgar el permiso no puede autorizar la venta de bebidas embriagantes, pues dicha hipótesis está prohibida en el numeral 3.5 del artículo 27 del mencionado Código.

Debe entonces el IDU en la autorización a que se refiere el artículo 270 del POT hacer mención expresa a la prohibición contenida en el numeral 3.5 del artículo 27 del Código de Policía de Bogotá.

En todo caso, frente a la aplicación del Decreto 325 de 1992 que dictó disposiciones generales sobre los usos urbanos, las condiciones de su funcionamiento en los establecimientos, la clasificación de las actividades según los distintos grupos y clases de usos y el Decreto 1120 de 2000 que reglamentó los numerales 5,6,7,8,9, 10 y 11 del articulo 260 del Decreto 619 de 2000- Plan de Ordenamiento Territorial, se ha solicitado a la Subsecretaría Jurídica de la Secretaría Distrital de Planeación que mediante Acto Administrativo derogue expresamente el numeral 2 del artículo 14 del Decreto 325 de 1992[41] que dispone que el ejercicio de la actividad comercial, aún cuando sea permitido en el sector, no puede ejercerse en áreas de antejardín en aras de evitar la contradicción existente con el artículo 2 del Decreto 1120 de 2000[42] que permite el uso de antejardines en ejes comerciales.

Cordial Saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

C. Información: Dra. Deidamia García Quintero. Subsecretaria de Asuntos Locales y Desarrollo Ciudadano de la Secretaría de Gobierno.
C. Trámite: Dr. Inocencio Meléndez Julio. Director Técnico Legal del Instituto de Desarrollo Urbano.
Dra. Fabiola Ramos. Subsecretaría Jurídica de la Secretaría Distrital de Planeación.

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros
Revisó: Manuel Ávila Olarte
16967

41 Numeral 2° del artículo 14 del Decreto 325 de 1992 prescribe: La actividad comercial que se desarrolle en los establecimientos, no puede ocupar área de antejardines o de andenes, ni contravenir los reglamentos de copropiedad o de propiedad horizontal.

42 Literal a) del artículo 2 del Decreto 1120 de 2000 prescribe: Se permite el uso de antejardines en ejes comerciales en los horarios definidos en las normas de policía para establecimientos de la misma índole.

Radicado de salida 2-2007-62438 28-11-07

Bogotá D.C.,

Doctor
TOMAS EDUARDO PACHON.
Director Técnico de Espacio Público
Instituto de Desarrollo Urbano - IDU-
Ciudad.

ASUNTO: Concepto. Mantenimiento de monumentos no considerados bienes de interés cultural. Radicados. 1-2007-45551.1-2007-50014

Respetado doctor Pachón:

Hemos recibido su comunicación del asunto, por medio de la cual requiere que se emita concepto que permita clarificar cual es la entidad competente para ejercer el mantenimiento y/o proyectos de restauración en los monumentos no considerados como bienes de interés cultural.

1. CONSULTA.

En su comunicado señala que: *"según el Acuerdo 001 de 2007 al Instituto de Patrimonio Cultural le fue asignada la función de: Gestionar la Ejecución de Políticas, planes, programas y proyectos para la ejecución del patrimonio cultural tangible e intangible y de los bienes y de los servicios de interés cultural del Distrito Capital,* ***y por lo tanto se podría entender que el mantenimiento de los monumentos en general,*** *ya que estos hacen parte de los bienes culturales de la capital".(Negrilla fuera del texto).*

Adicionalmente, manifiesta: *"que de conformidad con las conversaciones sostenidas entre el IDU y el Instituto de Patrimonio Cultural, hay dudas sobre* ***cual de las dos entidades, tiene la competencia y la obligación para ejercer dicho mantenimiento*** *y por lo mismo los monumentos u obras de arte que no hacen parte de la resolución 0035 de 2006, expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital (bienes de interés cultural) son vulnerables ante el deterioro". (Negrilla fuera del texto).*

Al respecto nos permitimos emitir el siguiente concepto:

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Se plantea falta de claridad por parte de dos entidades del orden Distrital; el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y el Instituto de Patrimonio Cultural, con relación a quien corresponde asumir la

competencia, para ejercer el mantenimiento de monumentos y obras de arte que no se encuentran incluidas como patrimonio cultural en calidad de bien de interés cultural, siendo necesario determinar a cual entidad corresponde asumir tal competencia.

El problema que origina la controversia, o dicho de otra forma que genera la confusión por parte de la entidad que hace la consulta (IDU) se suscribe a la interpretación, que sobre el concepto de **patrimonio cultural y bienes declarados de interés cultural** como modalidad de esta clasificación, entiende la entidad. Asumiendo que los bienes de patrimonio cultural declarados Bienes de Interés Cultural se encuentran en un mismo contexto y como tal deben ser tratados como una universalidad, al momento de asumir la competencia del mantenimiento de los mismos. A está conclusión llega este despacho al leer en la solicitud de consulta lo siguiente:

*"según el Acuerdo 001 de 2007 al Instituto de Patrimonio Cultural le fue asignada la función de: Gestionar la Ejecución de Políticas, planes, programas y proyectos para la ejecución del patrimonio cultural tangible e intangible y de los bienes y de los servicios de interés cultural del Distrito Capital, **y por lo tanto se podría entender que el mantenimiento de los monumentos en general, ya que estos hacen parte de los bienes culturales de la capital**". (Negrilla fuera de texto.)*

Para precisar, cual es la entidad del orden Distrital llamada a asumir la competencia objeto de consulta, es pertinente identificar el alcance del concepto de patrimonio cultural y las implicaciones jurídicas que tiene la declaratoria de un bien de patrimonio cultural como Bien de Interés Cultural y revisar la normatividad expedida en está materia, haciendo especial énfasis en las autoridades encargadas de salvaguardar este patrimonio.

3. MARCO NORMATIVO.

Lo primero, es determinar cuales son los bienes que se encuentran definidos constitucional y legalmente como patrimonio cultural, y adicionalmente que consecuencias jurídicas, conlleva que estos, sean declarados bienes de interés cultural, para a partir de este presupuesto, entrar a precisar hasta dando va la competencia y responsabilidad del Estado, frente al manejo, cuidado y conservación de estos bienes, y específicamente la obligación del Distrito Capital sobre los bienes que ostentan estas particularidades y que se encuentran en su jurisdicción.

- **Constitución Política de Colombia.**

Articulo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

- **Ley de cultura.**

La ley 397 de 1997, desarrolla los artículos 70,71 y 72 de la Constitución Política y dicta disposiciones para regular el tema del patrimonio cultural. Está ley cobra gran importancia para ayudarnos a encontrar una respuesta a la consulta formulada, porque es aquí en donde se define el concepto de patrimonio cultural dentro del contexto del Estado Colombiano y sobre el particular refiere:

"Articulo 4o. Definición de Patrimonio Cultural de la Nación. El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.

Las disposiciones de la presente ley y de su futura reglamentación serán aplicadas a los bienes y categorías de bienes que siendo parte del Patrimonio Cultural de la Nación pertenecientes a las épocas prehispánicas, de la Colonia, la Independencia, la República y la Contemporánea, sean declarados como bienes de interés cultural, conforme a los criterios de valoración que para tal efecto determine el Ministerio de Cultura. (Subrayado fuera del texto)

Parágrafo 1o. Los bienes declarados monumentos nacionales con anterioridad a la presente ley, así como los bienes integrantes del patrimonio arqueológico, serán considerados como bienes de interés cultural. También podrán ser declarados bienes de interés cultural, previo concepto del Ministerio de Cultura, aquellos bienes que hayan sido objeto de reconocimiento especial expreso por las entidades territoriales. (Subrayado fuera de texto)

Articulo 8o. Declaratoria y manejo del patrimonio cultural de la Nación. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Cultura y previo concepto del Consejo de Monumentos Nacionales, es el responsable de la declaratoria y del manejo de los monumentos nacionales y de los bienes de interés cultural de carácter nacional. (Negrilla fuera de fuera del texto).

A las entidades territoriales, con base en los principios de descentralización, autonomía y participación, les corresponde la declaratoria y el manejo del patrimonio cultural y de los bienes de interés cultural del ámbito municipal, distrita, departamental, a través de las alcaldías municipales y las gobernaciones respectivas, y de los territorios indígenas, previo concepto de los centros filiales del Consejo de Monumentos Nacionales allí donde existan, o en su defecto por la entidad delegada por el Ministerio de Cultura.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de que los bienes antes mencionados puedan ser declarados bienes de interés cultural de carácter nacional.

4. PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

En Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la ley 397 de 1997, sostiene el demandante que los apartes normativos acusados violan los artículos 4º, 8º, 70 y 72 de la Constitución, al considerar que restringe irrazonable y arbitrariamente la especial protección al patrimonio cultural que le exige al Estado el artículo 72 superior, en tanto que dejan a la "intemperie" el conjunto de bienes materiales e inmateriales que, aunque pertenecen a la Nación e integran su patrimonio cultural, no gozan de protección especial estatal porque no han sido declarados como bienes culturales por la autoridad competente, expresa el demandante, si el Constituyente fue claro en establecer una especial atención y cuidado a todos los bienes que hacen parte del patrimonio cultural y arqueológico de la Nación, mal hace el legislador al limitar la protección solamente a aquellos bienes que han sido declarados como de interés cultural, con lo cual es fácil concluir que la ley limita la protección efectiva a la existencia de "un requisito meramente formalista". (Negrilla fuera del texto)

La Corte Constitucional, en sentencia C-742 de 2006[43] al resolver la acción pública de inconstitucionalidad de algunos apartes señaló:

"El concepto de patrimonio cultural de la Nación es general y el de interés cultural es especial, de ahí que los bienes que hacen parte de la primera categoría no siempre pertenezcan a la segunda, pero los que adquieren el carácter especial de interés cultural, ***dada su declaratoria****, siempre hacen parte del patrimonio cultural de la Nación. La segunda,* ***la declaratoria de bienes de interés cultural*** *no quiere decir que se excluye la protección de los bienes que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación, simplemente significa que aquellos gozan de la protección especial que otorga la Ley 397 de 1997. Dicho de otro modo, las expresiones impugnadas no están dirigidas a excluir la protección de los bienes del patrimonio cultural de la Nación,* ***sino a otorgar especial cuidado y garantía a los que se consideran de interés cultural.*** *Y, la tercera, al aplicar la ley general de la cultura y las normas que la reglamentan* ***únicamente a los bienes que han sido declarados de interés cultural****, evidentemente se establecen restricciones y garantías solamente para esos bienes, excluyéndose, de esta forma, los bienes que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación que no han sido declarados de interés cultural. (Negrilla fuera del texto)*

Al realizar el análisis del marco normativo y jurisprudencial, se observa que los bienes declarados como bienes de Interés cultural, aunque jurídicamente provienen del patrimonio cultural, no pueden ser tratados a la luz de la ley como un todo, porque, con la afectación a bienes de Interés Cultural, estos son sometidos a un régimen especial objeto de su declaratoria y separados del ámbito general y llevados a un plano específico, en donde la naturaleza que ostentan los hace acreedores a un tratamiento particular y preferencial.

En este orden de ideas, tenemos que no puede otorgarse el mismo tratamiento a los bienes de interés cultural y a los bienes de patrimonio cultural y menos entenderse como un todo, para

43 Referencia: expediente D-6212. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º (parcial) de la Ley 397 de 1997. Demandante: Edgar Eduardo Manrique Muñoz. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., 30 de agosto de 2006.

efectos de determinar ejercer la competencia que debe darse unos y otros, en aras de garantizar la protección de este patrimonio. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la ley 397 de 1997 y la jurisprudencia constitucional ya citada.

Resuelto el alcance de los conceptos objeto de estudio, pasaremos a revisar la competencia que a nivel del Distrito Capital, se encuentra vigente sobre el tema de bienes de patrimonio cultural declarados de Interés Cultural y al respecto tenemos:

5. REGLAMENTACIÓN PARA EL MANEJO DE BIENES DE PATRIMONIO CULTURAL EN EL DISTRITO CAPITAL.

Para dar cumplimiento a los preceptos de orden constitucional y legal sobre el manejo de los bienes que conforman el patrimonio cultural del Distrito Capital; se han expedido una serie de disposiciones, que en concordancia con el principio de coordinación, orientador de la función administrativa del Estado entre los niveles nacional, departamental, distrital y municipal y de los territorios indígenas, señala las competencias, procedimientos y demás lineamientos implementados en el Distrito Capital con el objetivo de salvaguardar estos bienes y, especialmente, para el caso que nos ocupa aquellos que han sido declarados como bienes de interés cultural.

La normatividad expedida para regular el tema se sintetiza así:

- **P .O. T**

El Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá D. C, expedido a través del Decreto Distrital 190 de 2004, mediante el cual se compilan las normas de los Decretos Distritales 619 de 2000 y 469 de 2003, en cumplimiento de los lineamientos de la ley 397 de 1997, regula todo el tema de patrimonio cultural en el Distrito Capital y señala el procedimiento para declarar bienes de patrimonio cultural, como bienes de interés cultural, a la vez que indica taxativamente las autoridades facultadas para intervenir sobre estos bienes.

Para tal efecto, se han venido expedido una serie de disposiciones que reglamentan el tema del patrimonio cultural en el Distrito Capital, aspecto que se encuentra desarrollado en el Programa de Patrimonio Construido, consagrado en el capitulo 3, articulo 309 y s. s del P .O. T.

El articulo 310 del P. O. T, deja en cabeza del Departamento Administrativo de Planeación Distrital (hoy Secretaria de Planeación Distrital), los procesos de planeación, manejo, intervención y preservación del patrimonio en el Distrito Capital, y le asigna el manejo de los Bienes de Interés Cultural.

- **SECRETARIA DE PLANEACIÓN DISTRITAL.**

Con la entrada en vigencia de la reforma Administrativa Acuerdo 257 de 2006, El Departamento Administrativo de Planeación Distrital se transformo en la Secretaria de Planeación Distrital, y con

elación al patrimonio cultural del Distrito Capital, a través del decreto Distrital **550 de 2006, se le asignaron entre otras las siguientes funciones:**

Artículo 11º. Dirección de Patrimonio y Renovación Urbana. Son funciones de la Dirección de Patrimonio y Renovación Urbana de la Secretaría Distrital de Planeación, las siguientes:

a).Supervisar el desarrollo del programa de conservación del patrimonio construido contemplado en el Plan de Ordenamiento Territorial, en coordinación con los organismos y entidades competentes.

b).Adelantar las acciones requeridas para la **clasificación de los bienes de interés cultural del Distrito,** en articulación con la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte y el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural. (Negrilla fuera del texto)

c).Elaborar la reglamentación para la aplicación de incentivos y transferencias de derechos de edificabilidad de los bienes de interés cultural.

d).Realizar, en coordinación con la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte y el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, los estudios que permitan identificar, documentar y proponer bienes de interés cultural del Distrito.

e).Elaborar, en articulación con las políticas formuladas por el sector Cultura, Recreación y Deporte, la reglamentación para los inmuebles y sectores catalogados como de interés cultural.

- **INSTITUTO DISTRITAL DE PATRIMONIO CULTURAL.**

El **Instituto Distrital de Patrimonio Cultural,** fue creado como una entidad adscrita a la Secretaria de Cultura Recreación y Deporte[44] y mediante el decreto 048 de 2007 se le asigna a esta nueva entidad, entre otras las siguientes funciones:

Artículo 1°.Asignar al Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, *la facultad de aprobar las intervenciones en los Bienes de Interés Cultural del ámbito Distrital, de que tratan los artículos 310, literal f*[45]*, y 314*[46] *del Decreto Distrital 190 de 2004, con base en el concepto del Comité Técnico Asesor de Patrimonio, creado para el efecto.(Negrilla fuera de texto)*

Artículo 2°. Modificar los Decretos Distritales 758[47] de 2000 y 721 de 2001, *en el sentido de que*

44 Ver los artículos 95, 96, 97, 98 y 99 de la Reforma Administrativa, en los cuales se encuentra regulado todo lo relacionado con creación, funcionamiento y competencia del Instituto Distrital de Patrimonio.

45 (Modificado por el artículo 210 del Decreto 469 de 2003) Aprobar las intervenciones en estos bienes, con base en el concepto del Comité Técnico Asesor que se crea para el efecto. El Departamento Administrativo de Planeación Distrital estudiará el tipo de intervención solicitada y las características del inmueble y aprobará aquellas que no comprometan los valores históricos, arquitectónicos o urbanos del inmueble; en cambio, rechazará aquellas que pongan en riesgo la preservación del inmueble o del sector. En los casos en los que se soliciten intervenciones que puedan comprometer los valores de los bienes de interés cultural, se requerirá el concepto previo del Comité Técnico Asesor.

46 Artículo 314. Instancias de decisión para las intervenciones en los Bienes de Interés Cultural del Ámbito Distrital (artículo 305 del Decreto 619 de 2000).

47 Mediante el cual se reglamenta el comité técnico asesor de Patrimonio como una instancia asesora del Departamento Administrativo de

el Comité Técnico Asesor de Patrimonio pasa a ser una instancia asesora del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, quien ejercerá la Presidencia y Secretaría Técnica del mismo.

Como se explicó, es al Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, a quien corresponde aprobar la intervención sobre los bienes declarados como patrimonio de Interés Cultural, de conformidad con lo señalado en el decreto Distrital 048 de 2007 y el Acuerdo 01 de 2007 que señala:

Artículo 2.- Objeto. El Instituto Distrital de Patrimonio Cultural *tiene por objeto la ejecución de políticas, planes y proyectos para el ejercicio efectivo de los derechos patrimoniales y culturales de los habitantes del Distrito Capital, así como la protección, intervención, investigación, promoción y divulgación del patrimonio cultural tangible e intangible y de los bienes de interés cultural del Distrito Capital.*

Artículo 6.- Funciones.- El Instituto Distrital de Patrimonio Cultural en desarrollo de su objeto tendrá las siguientes funciones básicas:

a. *Gestionar la ejecución de políticas, planes, programas y proyectos para la protección, intervención, investigación, promoción y divulgación del patrimonio cultural tangible e intangible y de los bienes y servicios de interés cultural del Distrito Capital.*

b. *Dirigir y supervisar el cumplimiento de las normas urbanísticas y arquitectónicas de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá en lo concerniente a los bienes de interés cultural del orden distrital, declarados o no como tales.*

c. *Elaborar el inventario de monumentos conmemorativos y objetos artísticos localizados en el espacio público y promover la declaratoria como bienes de interés cultural de aquellos que lo ameriten.*

Artículo 7.- Facultades.- Para facilitar el cumplimiento de su objeto, el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, podrá, además de sus funciones básicas:

"Emitir concepto técnico sobre proyectos de intervención en inmuebles declarados como bienes de interés cultural del ámbito distrital". (Negrilla fuera del texto).

COMPETENCIA DEL DISTRITO CAPITAL SOBRE LOS BIENES DE INTERES CULTURAL.	
ENTIDAD	FUNCIONES
SECRETARIA DE PLANEACIÓN DISTRITAL.	• Adelanta acciones para la clasificación de los bienes de interés cultural del Distrito. • Elaborar la reglamentación para la aplicación de incentivos y transferencias de derechos de edificabilidad de los bienes de interés cultural. • Realiza, los estudios que permitan identificar, documentar y proponer bienes de interés cultural del Distrito. • Elabora la reglamentación para los inmuebles y sectores catalogados como de interés cultural.

Planeación Distrital, encargada de conceptuar sobre las intervenciones en los bienes de interés cultural del ámbito distrital. En este orden de ideas esta entidad se traslada con las mismas funciones como un órgano asesor y que forma parte del Instituto Distrital de Patrimonio.

INSTITUTO DISTRITAL DE PATRIMONIO CULTURAL.	• Aprueba las intervenciones en los Bienes de Interés Cultural del ámbito Distrital. • Ejecuta políticas, planes y proyectos para el ejercicio de los derechos patrimoniales y culturales de los habitantes del Distrito Capital, así como la protección, intervención, investigación, promoción y divulgación del patrimonio cultural tangible e intangible y de los bienes de interés cultural del Distrito Capital.
COMITÉ TECNICO ASESOR DE PATRIMONIO.	• Es una Instancia asesora del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, y está encargada de emitir concepto sobre las propuestas de declaratoria de los Bienes de Interés Cultural del ámbito distrital.

- **I. D. U**

Corresponde al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, la intervención en los monumentos que se encuentran ubicados en el Distrito Capital atendiendo a los siguientes preceptos:

- Decreto 759 de 1998.

Artículo 1º.- Modificar el artículo tercero del Decreto 980 de 1997, el cual quedará así: **"Artículo 3º.-** En concordancia con lo dispuesto en el artículo 2º del Acuerdo 19 de 1972, el mantenimiento, rehabilitación, reparación, reconstrucción, pavimentación de zonas de espacio público destinadas a la movilidad, tales como: vías, puentes vehiculares y peatonales, zonas verdes, zonas peatonales, andenes, monumentos públicos, separadores viales y obras complementarias, estarán o cargo del Instituto de Desarrollo Urbano, así como la recepción e interventoría de las obras realizadas en zonas a desarrollar por urbanizadores o personas que adelanten loteos".

- Resolución 13 de 2005 - Artículo 37 La Subdirección Técnica de Mantenimiento del Espacio Público tendrá las siguientes funciones:

> Efectuar la recuperación y mantenimiento de las plazoletas y monumentos que se encuentran ubicados en el espacio público para la movilidad.

Para ampliar este concepto nos remitimos a lo señalado textualmente en la página www.idu.gov.co/sist espacio/mantenimiento, en la cual sobre este particular señala:

"Dentro de las políticas establecidas por la actual Administración, se encuentra la sostenibilidad de los proyectos ejecutados en los últimos 5 años, evitando el deterioro de estas obras, a través de intervenciones puntuales, tales como:

- Reemplazo de losetas y adoquines en mal estado.
- Renivelación de andenes.
- Emboquillamiento de andenes.
- Reemplazo o arreglo de elementos de mobiliario urbano, según sea el caso.

Esta sostenibilidad se hace por medio de:

- Seguimiento a las pólizas de estabilidad de los contratos, cuyo responsable es la Subdirección Técnica de Administración de Activos de la Dirección Técnica de Planeación.
- Las Zonas de Mantenimiento de Espacio Público, que son contratos que atienden localidades puntuales, administrados por la Subdirección Técnica de Mantenimiento del Espacio Público."

6. CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, se concluye:

La aprobación, para intervenir monumento públicos **declarados** como bienes de interés cultural, se encuentra en cabeza del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, de conformidad con lo estipulado en el decreto 048 de 2007 y el Acuerdo 01 de 2007.

Por otra parte, como quiera que los **monumentos públicos** se encuentran clasificados en la categoría de zonas de espacio público destinadas a la movilidad, corresponde al IDU su mantenimiento, en virtud de las funciones señaladas a está entidad en el Acuerdo 19 de 1972, decreto Distrital 759 de 1998 y la resolución 13 de 2005 expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano, indistintamente de que estos monumentos se encuentren afectados **como bienes de interés cultural,** en cuyo caso deben ser sometidos a un tratamiento especial de conformidad con lo establecido en la ley, y demás normas reglamentarias expedidas para tal fin; por lo tanto la labor del Instituto de Desarrollo Urbano (I. D. U), frente a estos bienes, es decir monumentos públicos no afectados en la modalidad de Bienes de Interés cultural, debe ser ejercida en coordinación con las entidades del orden distrital asignadas para garantizar la protección de este patrimonio.

Esperando haber atendido sus inquietudes.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia de Información: Dr. Gabriel Pardo García Peña
Director Instituto Distrital de Patrimonio Cultural.
Calle 13 No 2-58

Proyectó: Nubia Stella Orbz.
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero.

DERECHO AMBIENTAL

Radicado de salida 2-2007-16447 13/04/07
Bogotá, D.C.

Doctora
MARTHA LILIANA PERDOMO RAMÍREZ
Secretaria Distrital de Ambiente
Ciudad

Asunto: Solicitud de consulta al Consejo de Estado – Infracciones al Código Nacional de Tránsito Terrestre por violación de normas ambientales. Radicación: 1-2007-7745[48]

Apreciada doctora Martha Liliana:

He recibido su comunicación del Asunto, relacionada con las multas impuestas por infracciones de tránsito por violación de normas ambientales. Y solicita que se efectúen las gestiones pertinentes ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial -MAVDT, para que éste a su vez presente al Consejo de Estado una solicitud de consulta, específicamente sobre la interpretación del numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993.

El citado numeral 8° señala que "forman parte del patrimonio y rentas de las Corporaciones Autónomas Regionales, entre otros factores, el 50% del valor de las multas o penas pecuniarias impuestas, por las autoridades de las entidades territoriales que forman parte de la jurisdicción de la respectiva Corporación, como sanciones por violación a las leyes, reglamentos o actos administrativos de carácter general en materia ambiental"

La petición realizada por su Despacho se basa en que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, hoy Secretaría Distrital de Movilidad, solicitó al referido Ministerio un concepto para que éste avalara el giro del porcentaje señalado anteriormente no a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, sino al Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente DAMA, hoy Secretaría Distrital de Ambiente, por considerar que dentro del perímetro urbano de Bogotá la autoridad ambiental y la entidad rectora de la política ambiental es el DAMA, hoy Secretaría de Ambiente.

48 Mediante sentencia del Juzgado 22 Administrativo de Bogotá dentro de una acción de cumplimiento interpuesta por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR en contra del Distrito Capital, se ordenó a la última Entidad transferir el recaudo de las multas por violación de normas ambientales en el D.C., a la CAR, entre el 1° de enero de 1994 y hasta la fecha, de conformidad con el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993. Esta decisión de primera instancia se encuentra apelada ante el Consejo de Estado por Bogotá Distrito Capital a través de la Secretaría Distrital de Ambiente.

El Ministerio dio respuesta a la solicitud presentada indicando que ese porcentaje se debe entregar en razón de la naturaleza de las Corporaciones y no de las funciones de las mismas.

Por lo anterior señaló que debe ser girado por parte del Distrito Capital a la CAR de Cundinamarca y no a la autoridad ambiental urbana – Secretaría de Ambiente.

Para dar respuesta a su petición me permito manifestarle lo siguiente:

I. Marco Constitucional y Legal del recaudo de infracciones de tránsito por violación a disposiciones ambientales

El artículo 338 de la Constitución Política señala *"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".

A su vez, el artículo 317 de la Carta determina *"Solo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización.*

La ley destinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción".

Por su parte el artículo 46 de la Ley 99 de 1993 fija los elementos que conforman el patrimonio y rentas de las Corporaciones Autónomas Regionales, y en su numeral 8° indica que hacen parte de ese patrimonio:

"El 50% del valor de las multas o penas pecuniarias impuestas, por las autoridades de las entidades territoriales que forman parte de la jurisdicción de la respectiva Corporación, como sanciones por violación a las leyes, reglamentos o actos administrativos de carácter general en materia ambiental". (subraya fuera de texto)

El artículo 66 de la Ley 99 de 1993, determina *"Los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000) ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano. Además de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que les corresponda otorgar para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción, las autoridades municipales, distritales o metropolitanas tendrán la responsabilidad de efectuar el control de vertimientos y emisiones contaminantes, disposición de desechos sólidos y de residuos tóxicos y peligrosos, dictar las medidas de corrección o mitigación de daños ambientales y adelantar proyectos de saneamiento y descontaminación"*.

Antes de entrar a analizar la normatividad transcrita y las diferentes posiciones adoptadas por las Entidades y con la finalidad de contextualizarlas, se pasa a exponer cada una de los criterios expresados.

II. Solicitud de la Secretaría Distrital de Tránsito hoy Secretaría Distrital de Movilidad ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

La Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá presentó ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la solicitud de concepto a que se ha hecho referencia, indicando que el artículo 33 de la Ley 99 de 1993 dispone que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca tiene jurisdicción en el Distrito Capital de Bogotá.

No obstante, sostiene la Secretaría de Tránsito, que dentro del perímetro urbano del Distrito Capital, la autoridad ambiental y la entidad rectora de la política ambiental y coordinadora de su ejecución es el Departamento Técnico Administrativo de Medio Ambiente –DAMA.

Indicó además, que por su parte el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993, prevé que constituyen el patrimonio de la CAR el referido porcentaje del 50% de las multas a que se ha aludido.

Finalmente y con base en lo anterior solicitó el organismo de tránsito al Ministerio de Ambiente, como órgano rector de la defensa y protección del medio ambiente que avale la transferencia de los recursos al DAMA como ente beneficiario de los mismos en el Distrito Capital.

III. Concepto del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Frente a la pregunta señalada en el punto anterior el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, emitió concepto con radicación N°. 1200-E2-75936 de septiembre 18 de 2006.

Como primera medida sostuvo que no es competencia de ese Organismo avalar u objetar las determinaciones que en relación con determinado asunto adopten las entidades públicas del orden nacional departamental, distrital o municipal. Asunto completamente compartido por este Despacho.

Concluyó el Ministerio que es el carácter de Corporación Autónoma Regional y no las funciones asignadas a este tipo de entidades, lo que genera el derecho a percibir las rentas que se enumeran en el artículo 46 de la Ley 99 de 1993, y como quiera que el porcentaje contenido en el numeral 8 del artículo 46, es una renta que opera a favor de las CAR's por el simple mandato de la ley y no como consecuencia del ejercicio de funciones que deban cumplir ellas o las autoridades ambientales urbanas, no existe fundamento jurídico para considerar que quien está llamada a percibirlas es la autoridad ambiental urbana y no la CAR con jurisdicción en el respectivo municipio o distrito.

Para sustentar su posición jurídica señaló que si bien el Distrito Capital puede asumir las funciones de las CAR en su perímetro urbano ello no lo hace equiparable a una Corporación Autónoma Regional.

Afirma además que por regla general son las CAR's y no las entidades territoriales las competentes para imponer multas y demás sanciones por violación a las normas ambientales y que sólo en 3 casos y, por vía se excepción, las entidades territoriales ejercen esa competencia, tales casos son:

1. En el ejercicio de la competencia a prevención de que trata el artículo 83 de la Ley 99 de 1993
2. En el evento en que determinada infracción ambiental se encuentre regulada por norma especial, donde se designe como competente a una autoridad diferente de la ambiental.
3. En el evento de que el municipio o distrito se encuentre investido de las competencias a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993 o el artículo 13 de la Ley 768 de 2002.

Igualmente señala que no puede confundirse la naturaleza jurídica de las CAR's con las de algunos distritos y municipios ni con la de sus instancias ambientales; como quiera que las CAR's tienen creación constitucional conforme al artículo 150 de la Carta que indica que corresponde a la ley regular lo relativo a su creación y funcionamiento, en tanto que las autoridades ambientales no se originan en la ley sino que hacen parte de la estructura de cada entidad territorial, por lo que no resultan asimilables en cuanto a su naturaleza jurídica a las CAR's.

Cita a la vez un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[49] en el que se indica que el DAMA no constituye jurídicamente una CAR, toda vez que no goza de la naturaleza jurídica de esta clase de entidades, sino que fue creado mediante un Acuerdo del Concejo de Bogotá.

Y señala que el Consejo de Estado concluyó que el carácter ambiental de las funciones del DAMA no le otorga por sí mismo la naturaleza jurídica de corporación autónoma regional, para a partir de ello considerar que esa entidad no estaba llamada a constituirse en beneficiaria de la transferencia establecida en el numeral 1° del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, el cual hace referencia a la transferencia del 3% de generación del sector eléctrico a las CAR.

Insiste en que la Ley 99 de 1993 no previó expresamente la creación de una entidad para que asumiera al interior de los respectivos municipios y distritos, las funciones que se derivan del artículo

49 Concepto de noviembre 14 de 1996. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil.

66 de la misma Ley. Es así como la ley no se refiere a las autoridades ambientales urbanas, sino que remite directamente al ente territorial.

Sobre el alcance del artículo 46 de la Ley 99 de 1993, dice que si el propósito del legislador era que las rentas fueran igualmente percibidas por los distritos y municipios que cumplen funciones ambientales, equiparándolas a una CAR, la misma ley debió haberlo consignado expresamente. Así, si la ley no se ocupó de la creación de las autoridades ambientales urbanas, mal podría haberse ocupado de definir sus rentas y su patrimonio. Tales asuntos se rigen por lo que en relación con la materia establezca el respectivo distrito o municipio.

Con base en lo anterior señala que las entidades territoriales no pueden entenderse tácitamente cobijadas por cualquier mención que la ley haga de las CAR's, por lo que no es procedente el traslado del porcentaje señalado en el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993 al DAMA, es decir, que en conclusión, para el Ministerio de Ambiente, este porcentaje del 50% por multas ambientales debe trasladarse a la Corporación Autónoma Regional.

I. Posición de la Secretaría Distrital de Ambiente

Frente al concepto emitido por el MAVDT, la Secretaría de Ambiente presentó un escrito ante el Organismo del nivel nacional en el cual señala que no comparte la posición adoptada por él.

Basa su punto de vista en que para que proceda el traslado del porcentaje contenido en el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993, deben existir 4 elementos:

1. Delimitación del monto: Constituye renta de las CAR's el 50% de estas multas o penas pecuniarias impuestas.
2. Delimitación del tipo de sanciones: Sólo aplica para multas o penas pecuniarias verbigracia, no se debe transferir bienes decomisados
3. Deben haber sido impuestas por las autoridades de las entidades territoriales que forman parte de la jurisdicción de la respectiva corporación.
4. Delimitación del origen de las sanciones: La sanción debe haberse originado en la violación a las leyes, reglamentos o actos administrativos de carácter general en materia ambiental.

Concluye que en el presente caso no se da cumplimiento al tercer requisito señalado, como quiera que el artículo 46 de la Ley 99 de 1993, prevé que la multa se debe causar en las entidades territoriales que forman parte de la jurisdicción de la Corporación y a su vez el artículo 66 de la misma Ley indica que en los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000) ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las CAR, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano.

Por lo anterior la Secretaría de Ambiente, de conformidad con lo establecido en la Ley 99 de 1993, tiene jurisdicción dentro del perímetro urbano del Distrito Capital y la CAR sobre la parte rural del mismo, por lo que las multas por sanciones ambientales impuestas, por ejemplo por la Secretaría de Tránsito hoy Secretaría de Movilidad, que se generaron en el perímetro urbano y por tanto no pueden ser entregadas a una entidad sin jurisdicción en la zona.

Determina además que aceptar que una Corporación puede ser destinataria de una renta que se generó en una entidad territorial o parte de ella sobre la cual carece de jurisdicción, desconoce la voluntad del legislador y conlleva a admitir que cualquier otra Corporación pueda reclamar el derecho sobre el recaudo, por el sólo hecho de tener carácter de corporación.

Así, dado que dentro del perímetro urbano de Bogotá, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca no tiene jurisdicción, no se cumplen los requisitos señalados para que proceda el traslado del recaudo a esa entidad.

Cita igualmente dos sentencias, uno de la Corte Constitucional[50] y otro del Consejo de Estado[51]. En el primero se revisa la Ley 128 de 1994 orgánica de las áreas metropolitanas, por medio de la cual se declara exequible el literal a) del artículo 22 de la Ley 128 de 1994, en el entendido que el producto de la sobretasa al cual hace referencia esta norma pertenecerá al área metropolitana siempre y cuando no existan Corporaciones Autónomas Regionales en la totalidad de la jurisdicción de la correspondiente área metropolitana.

Y en el segundo se hace referencia al área metropolitana del Valle de Aburrá, indica que *"los recursos que inicialmente se asignan a las Corporaciones Autónomas Regionales, son de participación de las Áreas Metropolitanas en el evento de lo establecido en el artículo 66 de la misma Ley, es decir cuando la jurisdicción del Área Metropolitana comprenda una población urbana, igual o superior a un millón de habitantes..."*

Y señala que en consecuencia se concluyó que *"El Área Metropolitana del Valle de Aburrá es la autoridad ambiental en la zona urbana bajo su jurisdicción y por consiguiente es la destinataria legítima de la sobretasa asignada a su patrimonio, porque además, no existe una CAR en la totalidad de la jurisdicción del Área Metropolitana del Valle de Aburrá"*

Además de lo anterior cita un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[52] que señala que *"...las áreas metropolitanas pueden ser destinatarias del porcentaje sobre el impuesto predial, con la condición de que estén encargadas por la Ley del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, y que en la misma jurisdicción*

50 Sentencia C-1096 de 2001. Corte Constitucional Colombiana.

51 Sentencia de septiembre 19 de 2002, Consejo de Estado.

52 Concepto de diciembre 5 de 2002, Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil.

no actúen otras entidades encargadas de las mismas atribuciones, es preciso convenir que estos elementos aparecen claramente contenidos en el artículo 66 - COMPETENCIAS GRANDES CENTROS URBANOS...."

"esta disposición implica que el porcentaje del dos por mil establecido en el artículo 22.a) de la Ley 128 de 1994 hace parte del patrimonio de las áreas metropolitanas bajo los siguientes presupuestos:

-que ejerzan funciones ambientales,

-que las Corporaciones Autónomas no ejerzan jurisdicción en la totalidad del territorio de las correspondientes áreas metropolitanas, aspecto que se verifica al cumplir éstas en lugar de aquellas "las mismas funciones"".

De la misma manera indica que los recursos del recaudo referido deben ser invertidos en el Distrito Capital y que al entregárselos a la CAR bien podrían ser destinados para áreas en donde ésta sí tenga jurisdicción y por lo tanto podrían ser aplicados en municipios diferentes a Bogotá e incluso en otro departamento.

Con base en lo anotado concluye que la Corporación sólo puede ser beneficiaria de las multas que se hayan impuesto en el área rural del Distrito Capital.

II. Posición de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Analizadas las diferentes normas citadas, así como los diversos criterios tanto de las Entidades del nivel Distrital como del Organismo del nivel nacional, esta Secretaría considera que en efecto el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993 debe ser leído e interpretado de acuerdo con el artículo 66 de la misma Ley 99, conforme al cual los grandes centros urbanos asumen las funciones de las CAR en su perímetro urbano.

Es decir, para el caso específico de Bogotá Distrito Capital, existen dos autoridades ambientales, una en la parte urbana y otra en la parte rural; en la parte rural es la Corporación Autónoma Regional CAR, y en la parte urbana es la Secretaría de Ambiente, como quiera que el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, indica que en los centros urbanos con más de un millón de habitantes, los distritos asumirán dentro de sus zonas urbanas las funciones de autoridad ambiental que ejercen las CAR.

Como se indicó precedentemente, el concepto del Ministerio de Ambiente, cita a su vez una consulta del Consejo de Estado en la cual se determina que el DAMA no puede equipararse a una CAR.

Ese concepto se refería a un componente del presupuesto de las CAR, que señala que las empresas generadoras de energía hidroeléctrica cuya potencia nominal instalada total supere los 10.000 kilovatios, transferirán el 6% de las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética,

de la siguiente manera: *el 3% para las Corporaciones Autónomas Regionales que tengan jurisdicción en el área donde se encuentra localizada la cuenca hidrográfica y el embalse, que será destinado a la protección del medio ambiente y a la defensa de la cuenca hidrográfica y del área de influencia del proyecto.*

Esta Secretaría está de acuerdo con este planteamiento pero de él no se desprende que los recursos que se generan en un área sobre la cual carece de jurisdicción la CAR deban ser entregados a la misma. Tiene razón el pronunciamiento del Consejo de Estado en que la CAR y el DAMA son entes diferentes, uno de creación constitucional y otro que hace parte de la estructura administrativa del Distrito Capital, y no siempre pueden ser equiparados.

Compartimos el planteamiento del Ministerio de Ambiente en que no toda alusión que se haga a las CAR puede ser entendida para el DAMA, pero ello es así cuando no se tiene en cuenta el artículo 66 referido de la Ley 99 de 1993, que le otorga las funciones de las CAR a los centros urbanos de más de un millón de habitantes, dentro de su perímetro urbano.

En efecto, el concepto del Consejo de Estado al que nos referimos señaló lo siguiente: *"Como se aprecia, el numeral 1º de esta norma busca proveer de recursos a las corporaciones autónomas regionales afectadas por la central hidroeléctrica, con la cual la respectiva empresa produce la energía, siendo ellas las exclusivas destinatarias de la mencionada transferencia, la cual tiene también una finalidad específica: la protección del medio ambiente y de la cuenca hidrográfica influenciada por el proyecto"* (negrilla fuera de texto).

Es decir que en el caso analizado por el Consejo de Estado, la CAR es beneficiaria de la transferencia porque la cuenca con la cual se produce la energía de la central hidroeléctrica se encuentra en jurisdicción de la CAR, así, el pronunciamiento del Consejo de Estado no puede ser leído descontextualizadamente, sino que su sentido va en el mismo de los otros pronunciamientos de las altas Cortes ya citados.

En el mismo sentido la Corte Constitucional en sentencia C-495 de 1996, señaló *"De otra parte, estima la Corte que el artículo 317 de la Carta ordena destinar tributos a las entidades encargadas del manejo y conservación de medio ambiente y de los recursos naturales renovables, como quiera que al poder público le corresponde planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución artículo 80 C.P., en consecuencia de lo anterior, resulta claro que las Corporaciones Autónomas Regionales deben contar con los recursos suficientes para cumplir con los cometidos constitucionales y legales de conservación del medio ambiente.*

De manera general es preciso observar que los artículos 42,43 y 46 de la Ley 99 de 1993, determinan los sujetos activos y pasivos de la obligación tributaria, lo que permite anticipar de una parte que las Corporaciones Autónomas Regionales han sido definidas como los acreedores de las tasas;

además téngase en cuenta que de acuerdo con el inciso 2 del artículo 66 de la ley, los grandes centros urbanos también son sujetos activos de las tasas retributivas y compensatorias causadas dentro del perímetro urbano por el vertimiento de afluentes contaminantes conducidos por la red de servicios públicos. En este sentido es claro que por fuera del perímetro urbano, se debe transferir el 50% a la Corporación Autónoma Regional correspondiente."(negrilla y subraya fuera de texto)

Es decir, si bien el tema analizado no es exactamente el mismo pues se estaba en ese caso revisando la procedencia de las tasas retributivas, la Corte Constitucional sostuvo como bien se indicó que "por fuera del perímetro urbano, se debe transferir el 50% a la Corporación Autónoma Regional correspondiente".

Paralelo a lo anterior, es necesario reiterar que este no es un criterio aislado expresado por esa Corporación, sino que el mismo ha sido reiterado en los pronunciamientos citados en el documento presentado por la Secretaría de Ambiente y a los cuales ya se ha hecho referencia y conforme a los cuales se debe verificar la jurisdicción de las CAR's en el área urbana de los grandes centros urbanos.

Es decir, compartimos el criterio expresado por la Secretaría Distrital de Ambiente, conforme al cual no es posible trasladar los recursos causados dentro del perímetro urbano de Bogotá a una autoridad sin jurisdicción ni competencia dentro del mismo, pero no por cuanto no se haya cumplido un requisito determinado por esa entidad conforme al cual las multas deben haber sido impuestas por las autoridades de tránsito de las entidades territoriales que forman parte de la jurisdicción de la CAR, sino por la falta de jurisdicción de esa Corporación en el perímetro urbano de Bogotá.

En efecto la jurisdicción es un requisito imprescindible que constituye el título jurídico que faculta a una entidad a ejercer funciones constitucionales, legales o reglamentarias, y en el caso específico que nos ocupa faculta a la entidad recaudadora a trasladar el dinero producto de las multas. Así como quiera que no existe jurisdicción de la CAR en el perímetro urbano del Distrito Capital, tampoco existe título jurídico para realizar el traslado del recaudo de las multas.

Respecto de la jurisdicción y competencia ha señalado la Corte Constitucional[53] en sentencia C-429 de 2001:

> *"La competencia, que ha sido definida como el grado o la medida de la jurisdicción, tiene por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica (...) La competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo.*

53 Sentencia C-429 de 2001 M.P. Dr. Jaime Araújo Rentaría. Bogotá, DC, mayo 2 de 2001.

En materia disciplinaria, que es el tema que se regula en las normas acusadas, también rige el principio del juez natural, esto es, aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto (...) De conformidad con estos preceptos, la competencia debe ser constitucional o legal; preexistente, es decir, anterior al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y explícita".

Sería diferente si el Distrito Capital indicara que no va a hacer traslado del porcentaje de las multas impuestas en el área rural de Bogotá, pues en ese caso es claro que la autoridad ambiental en la zona es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, por lo que no le es dable al Distrito no reconocer esos dineros.

Es más, la misma Ley 99 de 1993, no señala que en los grandes centros urbanos haya una jurisdicción prevalente, ni una jurisdicción ambiental subsidiaria, sino específicamente que en esos centros, la autoridad ambiental es el mismo municipio o distrito, que para el caso de Bogotá y de conformidad con su estructura organizacional es la Secretaría de Ambiente.

Conforme a lo reseñado, existen dos reglas, una general contenida en el artículo 33 y otra específica establecida en el artículo 66, ambos de la Ley 99 de 1993; de acuerdo a la primera el 50% de las infracciones de tránsito por violación de normas ambientales debe trasladarse a las CAR's por ser las autoridades ambientales en el municipio en el cual se imponen las multas y conforme a la regla específica contenida en el artículo 66 de la Ley 99, el 50% de las infracciones impuestas en el perímetro urbano del gran centro urbano debe mantenerse en el municipio o distrito porque él es la autoridad ambiental dentro de su perímetro.

Entonces tenemos que las reglas referidas deben aplicarse de la siguiente manera:

- El 50% de las multas impuestas por infracciones urbanísticas por violación a normas ambientales generadas en la zona rural del Distrito Capital debe girarse a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 99 de 1993.
- El 50% de las rentas impuestas por infracciones urbanísticas por violación a normas ambientales generadas en el perímetro urbano del Distrito Capital debe permanecer en el centro urbano, en este caso Bogotá DC., de acuerdo con el artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

No parece acertado como lo manifiesta el Ministerio, que la renta opere a favor de la CAR por simple mandato de la Ley, pues es la misma Ley la que reconoce al Distrito Capital como gran centro urbano las funciones que ejercen las mismas CAR's.

Así, el fundamento jurídico para que el Distrito perciba el recurso es justamente el artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

Ahora bien, específicamente con respecto a la destinación de los recursos recaudados por las multas de tránsito impuestas por violación a las normas ambientales, es preciso indicar, como se

advirtió en la primera parte del este escrito que, conforme al artículo 338 de la Constitución Política en tiempo de paz, sólo el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

Además indica este artículo que 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.

Y conforme al artículo 317 de la misma Carta, solo los municipios pueden gravar la propiedad inmueble y la ley destinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción.

Leídas integralmente estas disposiciones junto con los artículos 33, 46 y 66 de la Ley 99 de 1993, tenemos que los recursos contenidos en el numeral 8 del artículo 46 de esa ley deben ser destinados en Bogotá a la protección del ambiente, como quiera que los mismos se originaron por desconocimiento de normas ambientales y no hacen parte del presupuesto de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca por carecer de jurisdicción en la parte urbana del Distrito Capital.

En conclusión, analizada la problemática, resulta claro para esta Secretaría que los recursos a que hace referencia el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993, anteriormente no deben ser transferidos a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, por carecer de fundamento jurídico dicha petición, sino que los mismos deben ser incorporados al presupuesto del Distrito Capital.

III. Conclusiones

1. El porcentaje contenido en el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993 por infracciones ambientales entre otras, al Código de Tránsito dentro del área urbana de Bogotá Distrito Capital, no deben ser transferidos a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, por no tener jurisdicción en la zona urbana y, por tanto, no ser autoridad ambiental en la misma.

2. El porcentaje contenido en el numeral 8 del artículo 46 de la Ley 99 de 1993 por infracciones ambientales entre otras, al Código de Tránsito dentro del área urbana de Bogotá Distrito Capital deben ser incorporados al presupuesto del Distrito Capital.

3. Como quiera que el numeral 8 de la Ley 99 de 1993 se encuentra vigente no se considera necesario presentar una solicitud de consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

4. En este orden de ideas, el giro del recurso debe mantenerse en la forma como hasta ahora se ha venido realizando, es decir, debe mantenerse en el Distrito Capital. Lo anterior adicionalmente por cuanto sobre este asunto no existe requerimiento judicial alguno.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO

Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE

Subdirector de Conceptos

Copia trámite: Dra. PATRICIA GONZÁLEZ ÁVILA – Secretaria Distrital de Movilidad.
Dr. PEDRO RODRÍGUEZ TOBO – Secretario Distrital de Hacienda
Dra. MARTHA HERNÁNDEZ – Liquidadora FONDATT - en liquidación. - Subsecretaria de Hacienda.
Dr. MARCO FIDEL USECHE ACOSTA – Tesorero Distrital – Secretaría Distrital de Hacienda

Copia información: Dra. DIANA ESCOBAR ORTIZ – Jefe Oficina Jurídica – Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Proyectó: Ximena Aguillón Mayorga
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Bogotá D. C

Doctor
Jaime Araujo Rentería
Magistrado
Corte Constitucional

Asunto: Coadyuvancia de la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 63 parcial de la Ley 99 de 1993. Expediente con Radicado # 6677.

Respetado Magistrado:

En ejercicio de los derechos políticos, en especial el que consagra el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, y el artículo 40 numeral 6 superior, y con el fin de proteger el principio de supremacía constitucional que alberga el artículo 4 de la Constitución Política, presento los siguientes argumentos de derecho con el fin de intervenir e impugnar la constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 99 de 1993, en el proceso de constitucionalidad con radicado numero 6677 que corre contra esta y que fue demandada por la ciudadana ANGELICA BARRERA OSORIO, cuya demanda fue admitida por auto expedido por su despacho, el día 6 de marzo de 2007.

1. Norma objeto de la impugnación

El texto del artículo 63, tal como se presenta en la demanda (se subraya el aparte demandado expresamente) y que es el objeto de la presente impugnación es el siguiente:

> **Artículo 63º.-** *Principios Normativos Generales.* A fin de asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, y de garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la Nación, el ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales, se sujetará a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario definidos en el presente artículo.
>
> *Principio de Armonía Regional.* Los Departamentos, los Distritos, los Municipios, los Territorios Indígenas, así como las regiones y provincias a las que la ley diere el carácter de entidades territoriales, ejercerán sus funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, de manera coordinada y armónica, con sujeción a las normas de carácter superior

y a las directrices de la Política Nacional Ambiental, a fin de garantizar un manejo unificado, racional y coherente de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio natural de la nación.

Principio de Gradación Normativa. En materia normativa las reglas que dicten las entidades territoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables respetarán el carácter superior y la preeminencia jerárquica de las normas dictadas por autoridades y entes de superior jerarquía o de mayor ámbito en la comprensión territorial de sus competencias. Las funciones en materia ambiental y de recursos naturales renovables, atribuidas por la Constitución Política a los Departamentos, Municipios y Distritos con régimen constitucional especial, se ejercerán con sujeción a la ley, los reglamentos y las políticas del Gobierno Nacional, el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Principio de Rigor Subsidiario. Las normas y medidas de policía ambiental, es decir aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se desciende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la presente Ley.

Los Actos Administrativos así expedidos deberán ser motivados, serán por su naturaleza apelables ante la autoridad superior, dentro del Sistema Nacional Ambiental (SINA), y tendrán una vigencia transitoria no superior a 60 días mientras el Ministerio del Medio Ambiente decide sobre la conveniencia de prorrogar su vigencia o de darle a la medida carácter permanente.

2. Razones de la impugnación

Con base en los argumentos esgrimidos en la demanda presentada por la ciudadana ANGELICA BARRERA OSORIO y consideraciones de derecho, estimo que el artículo 63 de la Ley 99 de 1993 debe ser declarado inexequible en su inciso 5º, salvo en la expresión "Los actos Administrativos así expedidos deberán ser motivados".

Sin embargo considero que la Corte Constitucional en todo caso debe señalar la forma de aplicar el principio de rigor subsidiario en especial teniendo en cuenta a las Corporaciones autónomas Regionales y los grandes centros urbanos, conforme al artículo 66 de la Ley 99 de 1993, en donde se dice que aquellos territorios son las autoridades ambientales sobre sus territorios urbanos, con lo cual se garantiza su autonomía.

Lo anterior por cuanto se considera que el principio de rigor subsidiario en sus fundamentos esenciales es un mecanismo eficiente en miras a la protección de los recursos naturales con el fin de conservarlos hacia el futuro en los términos del desarrollo sostenible, pero éste no puede ir al extremo de desconocer la competencia de las entidades territoriales para dictar normas de contenido ambiental tendientes a salvaguardar sus recursos naturales.

Siendo así, se considera que la norma demanda vulnera los mandatos que consagran los artículos 1, 80, 209, 287, el inciso segundo del artículo 288 y el numeral 9 del artículo 313 de la Constitución Política por cuanto no se garantiza el cumplimiento y aplicación eficaz de los principios de descentralización administrativa, autonomía de las entidades territoriales respecto al sector central, anclado así a las actuaciones de estas mismas, que se sujetarán a los criterios de concurrencia y subsidiariedad. Principios estos que se encuentran enunciados expresamente en los artículos referidos de la norma superior.

Sobre el concepto de la descentralización ya ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde sus primeros años, haciendo del tema una materia hito en la jurisprudencia constitucional colombiana por medio de innumerables sentencias y líneas jurisprudenciales entre las cuales se pueden destacar, como introducción a los puntos que se mencionaran a continuación, los siguientes puntos referidos en fallos relativamente recientes, como el siguiente:

> "A partir de la Carta Política de 1991 Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho que integra la descentralización y la autonomía de sus entidades territoriales en el espectro de la unidad nacional, de suerte que al amparo de una secuencia geográfica los territorios indígenas, los municipios, los distritos y los departamentos concurren política y administrativamente para dar asiento, forma y proyección a la fenomenología institucional de Colombia en tanto país democrático, participativo y pluralista. En este sentido quiso así el Constituyente armonizar las partes en un todo dinámico que rebasando la mera descentralización haga viables y trascendentes los derechos que asisten a las entidades territoriales para gestionar con autonomía sus intereses, esto es: para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponde, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, participar en las rentas nacionales, y por supuesto, ejercer los controles que les atañe conforme a la Constitución y la Ley. Lo cual es indicativo de que a la luz de la Carta la autonomía **territorialidad y la unidad nacional**

son ampliamente compatibles, se nutren mutuamente, engloban en diferentes estadios institucionales la misma comunidad, concurren dialécticamente a la realización de los fines esenciales del Estado, y por tanto, operan, discurren y se articulan de tal manera que en último término las entidades territoriales sólo pueden realizarse a través de la unidad nacional, al paso que ésta únicamente puede existir a condición de que las entidades territoriales desplieguen su poder autonómico en consonancia con los intereses locales y nacionales. Son, pues, territorialidad y unidad nacional, dos elementos teleológicamente inescindibles, ontológicamente diferenciables a partir de su materialidad geográfica, con unos destinatarios comunes –los habitantes del país -, y por entero, instancias orgánicas y funcionales de un mismo mecanismo estatal: el de la República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista."[54] (Énfasis fuera de texto).

Entre otras sentencias referentes al tema y que han marcado la línea de los fallos sobre el tema de la descentralización desde los primeros años de funcionamiento de la Corte, pueden consultarse los fallos T-024 de 1996, C-496 de 1998, C-561 de 1999 y C- 727 del 21 de julio del 2000.

1.1 Descentralización y Desarrollo Sostenible.

Con la norma acusada se resquebraja el principio constitucional de la descentralización administrativa al nivel territorial y su relación con el mantenimiento del desarrollo sostenible por cuanto está concentrando funciones, en el nivel nacional, que corresponden, inicialmente, a los entes territoriales por la propia cercanía con el núcleo del problema ambiental, para el caso, su cercanía con el origen del desmedro o la afectación ambiental que pueda estar limitando el aprovechamiento del hábitat y ecosistema que integra cada uno de los territorios que componen la entidad como un organismo administrativo de condiciones autónomas.

De una u otra forma es así el entender de la doctrina nacional al interpretar los lineamientos que ha sentado la Corte Constitucional sobre la figura administrativa de la descentralización, y que se ratificara, a manera de complemento, con el concepto de autonomía territorial;

"Las entidades territoriales tienen autoridades propias, las cuales son elegidas en forma directa o indirecta. La primera se presenta cuando el pueblo elige directamente a sus representantes. Es el caso de las principales autoridades de las entidades territoriales: alcaldes, concejales, diputados y gobernadores. La elección indirecta se da cuando las autoridades elegidas directamente por el pueblo eligen a determinados funcionarios en el nivel territorial. Esta modalidad ocurre, por ejemplo, cuando el concejo elige al personero o al contralor municipal."[55]

54 Sentencia C-127 del 26 de febrero del 2002 M.P: Alfredo Beltrán Sierra

55 Hernández, Pedro Alfonso. Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia. Ed Legis Pág. 104.

En este sentido también se hace una referencia a lo que es la actuación de las autoridades administrativas de las respectivas entidades territoriales, para afirmar la inexistencia, tal como se busca sustentar en la presente impugnación, de la relación jerárquica entre las entidades territoriales y administrativas, inexistencia que se extiende a una relación de policía ambiental.

> "Entre las autoridades departamentales y municipales (entiéndase, de aquí en adelante, integrados los Distritos) de elección popular se presenta una relación de coordinación administrativa; no hay relación jerárquica entre ellas. Esta condición se presenta tanto al interior de cada entidad territorial como entre autoridades de diferentes niveles territoriales.
>
> Por un lado, los concejos municipales y las asambleas departamentales no son, respectivamente, los superiores jerárquicos del alcalde y del gobernador, así como estos no son superiores jerárquicos de aquellos. El control político que ejercen las corporaciones públicas sobre las autoridades ejecutivas no se considera como elemento de subordinación.
>
> De otro lado, en las relaciones interinstitucionales hay igualmente ausencia de subordinación entre autoridades departamentales y municipales. El gobernador y la asamblea departamental no son superiores jerárquicos del concejo y del alcalde municipales. (...)"[56]

La cercanía con el origen del problema al que se hizo alusión busca dar a entender que es en cada una de las entidades territoriales, fuera de la orbita y alcances de actuación del nivel nacional o de otra instancia superior, sobre las que se está generando la limitación a las condiciones optimas del medio ambiente. Esto además vulnera el concepto de desarrollo sostenible al que se refiere la Constitución en su artículo 80 y que ha sido desarrollado, no solo por los tratados internacionales referentes a la materia, como es el caso especifico del Convenio sobre la diversidad biológica, firmado en la ciudad de Río de Janeiro y que fue adoptado como norma nacional por la Ley 165 de 1994[57], sino además por la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se ha dicho

56 Ibid. Sobre la materia y en relación con el control político que ejercen los órganos de representación popular sobre las autoridades civiles de cada entidad territorial, el mismo autor menciona las sentencias C-082 de 1996 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-386 de 1996 M.P: Alejandro Martínez Caballero; C-405 de 1998 M.P: Alejandro Martínez Caballero, entre otras que pueden hallarse para orientar el tema de la distribución de competencias de la ley ante la Constitución.

57 El desarrollo sostenible esta referenciado por el Convenio, entre otros, por los siguientes artículos:

Artículo 1o. OBJETIVOS. Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

(...)

Artículo 6o. MEDIDAS GENERALES A LOS EFECTOS DE LA CONSERVACIÓN Y LA UTILIZACIÓN SOSTENIBLE. Cada Parte Contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares:

lo siguiente, entre otros pronunciamientos, sobre la mencionada figura:

"Esta Corte se ha pronunciado acerca de la necesidad de conciliar el desarrollo económico y las exigencias del derecho a disfrutar de un ambiente sano que se traduce en la idea del desarrollo sostenible, por virtud de la cual la actividad económica particular, en garantía del interés público o social, es objeto de limitaciones que persiguen lograr la compatibilidad indispensable entre el crecimiento económico y el imperativo de preservar y mantener un ambiente sano".[58]

Son estas condiciones de desarrollo económico, a las que se refiere la Corte, las que se pueden identificar en cada una de las entidades territoriales, y que no necesariamente son iguales entre ellas, por lo cual las medidas para equilibrar el aprovechamiento de los recursos, en consonancia con las necesidades económicas sólo pueden ser reglamentadas por las autoridades a quienes concierne directamente la solución del problema, de acuerdo a los mandatos de la Constitución,

a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente Convenio que sean pertinentes para la Parte Contratante interesada; y

b) Integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales.

(...)

Artículo 10. UTILIZACIÓN SOSTENIBLE DE LOS COMPONENTES DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

a) Integrará el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de adopción de decisiones;

b) Adoptará medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica;

c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;

d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido; y

e) Fomentará la cooperación entre sus autoridades gubernamentales y su sector privado en la elaboración de métodos para la utilización sostenible de los recursos biológicos.

(...)

Artículo 12. INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN. Las Partes Contratantes, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo:

a) Establecerán y mantendrán programas de educación y capacitación científica y técnica en medidas de identificación, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y sus componentes y prestarán apoyo para tal fin centrado en las necesidades específicas de los países en desarrollo;

b) Promoverán y fomentarán la investigación que contribuya a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, particularmente en los países en desarrollo, entre otras cosas, de conformidad con las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes a raíz de las recomendaciones del órgano subsidiario de asesoramiento científico, técnico y tecnológico; y

c) De conformidad con las disposiciones de los artículos 16, 18 y 20, promoverán la utilización de los adelantos científicos en materia de investigaciones sobre diversidad biológica para la elaboración de métodos de conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos, y cooperarán en esa esfera.

58 Sentencia T-087 del 1º de marzo de 1997. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

en procura del equilibrio en el ejercció de los derechos, en este caso el desarrollo de una actividad económica, como muestra de la libertad de empresa, y por otro lado, el derecho colectivo al sostenimiento ambiental.

La condición particular sobre la materia, y este es el espíritu en que se funda la norma constitucional, consiste en que el desarrollo sostenible[59] no es un concepto único e invariable. El concepto de desarrollo sostenible varía de acuerdo a las condiciones fácticas de cada uno de los ecosistemas que existen sobre el territorio nacional, y que para nuestro caso cambia y se adapta de acuerdo a las condiciones geográficas de cada porción del territorio y quien más calificado que las propias entidades territoriales para identificar las condiciones adversas que limitan el adecuado aprovechamiento de los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, y que no permiten su proyección hacia el futuro con miras al disfrute al que tiene, y tendrán derecho las generaciones futuras.

La norma objeto de impugnación, no permite hacer una interpretación armónica con los mandatos de la Carta Política puesto que al hacer más engorroso el trámite para la ejecución y aplicación del principio del Rigor Subsidiario, se sacrifican, sin justificación, los principios de eficacia y eficiencia administrativa que señala el artículo 209 de la norma superior y, como agravante en la contrariedad del mandato constitucional, también, con la reducción de los principios a su mínima expresión, se afrenta contra el sistema de protección ambiental de las entidades territoriales en quienes se delegó (acudiendo a una interpretación armónica de los mandatos de la Constitución, convergiendo en la materia tanto administrativa como ambiental) la conservación y administración de sus propios recursos, sin que exclusivamente se limite el concepto a los recursos dinerarios.

1.2 Autonomía territorial

No puede hablarse de una superioridad administrativa de los departamentos frente a los Distritos en lo que corresponde al ejercicio de las funciones de policía administrativa, en especial tratándose de las funciones de policía ambiental, como bien se puede inferir de la lectura de la demanda, porque son calidades diferentes de autonomía que se modifican entratándose de los casos en lo que se refiere a los Distritos y los grandes centro urbanos que reconoce la Constitución y la misma Ley 99 (artículo 66), como es el caso del Distrito Capital, y que no están sujetos a la ejecución de las funciones administrativas de otras entidades, como se insinúo en el parte 1.1 del presente texto.

Lo anterior, sin desconocer la coordinación que puede existir para el manejo de ciertas materias pero nunca, y no resultaría viable, para la resolución de los problemas y conflictos que surge al

59 Los artículos que pueden enunciarse como ejes del desarrollo sostenible en el ordenamiento nacional son el 3 de la Ley 99 de 1993, donde se consagra su concepto; el 4 de la Ley 472 de 1998 donde se identifica como un derecho colectivo protegido por las acciones populares y el artículo 2 de la Ley 165 de 1994, aprobatoria del Convenio sobre diversidad, en donde se le otorga la concepto un alcance internacional en lo que es la procura de la conservación y aprovechamiento sostenido de los recursos naturales bajo la continua evolución de las actividades del hombre sean económicas o no.

interior de las propias entidades puesto que fueron ellas las dotadas por la propia Constitución para que dentro del concepto de autonomía de las entidades territoriales que se halla en el artículo 287, y que hoy resulta vulnerado por la norma demanda en el presente proceso, ejerzan competencias ambientales que les resultan propias.

Esto es lo que se puede precisar aún más sobre el concepto de autonomía territorial:

> "Autonomía administrativa es la facultad que tienen las autoridades territoriales para tomar decisiones, dentro del marco establecido por la Constitución y la ley, que les permita, sin injerencia de la autoridad centralizada, atender el cumplimiento de las funciones públicas y la prestación de los servicios, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y construir las obras públicas que demande el desarrollo local o regional.
>
> La autonomía administrativa se manifiesta en lo siguiente: la determinación de la estructura de la respectiva administración territorial, la aprobación del plan de desarrollo, la aprobación del presupuesto, la determinación de las escalas de remuneración, la aprobación de las plantas de personal, el señalamiento de las funciones por cargo y por dependencias, entre otras decisiones"[60]

También, sobre el mismo principio, ya se había pronunciado la misma Corte en materia ambiental, con el fin de controlar la contaminación por medio de publicidad exterior visual.

> "3- El artículo 1o. de la Carta introduce el concepto de autonomía de las entidades territoriales como elemento integrante de una República unitaria y descentralizada. La unidad así expresada no puede entonces confundirse con centralismo y hegemonía pues la forma de Estado unitaria no choca con el reconocimiento de la diversidad territorial, que se expresa en la consagración de la autonomía local, por lo cual "es la concepción de la unidad como el todo que necesariamente se integra por las partes y no la unidad como bloque monolítico". Por ello la autonomía de la que gozan las diferentes entidades territoriales no es un mero traspaso de funciones y responsabilidades del centro a la periferia sino que se manifiesta como un poder de dirección política, que le es atribuido a cada localidad por la comunidad a través del principio democrático, y en especial al municipio que se constituye en la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado (CP. art. 311). De esa manera se busca la gestión eficiente de los intereses propios, ya que el municipio es el ente idóneo para solucionar los problemas locales en la medida en que conoce realmente las necesidades a satisfacer, y tiene

60 Hernández, Pedro. Op. Cit. Pág. 110-111.

el interés para hacerlo por hallarse en una relación cercana con la comunidad. Así, al acercar la acción estatal al ciudadano, se fortalece la legitimidad a través de la gestión territorial. (subraya fuera de texto)

Y más adelante afirma la misma Corte:

4- La autonomía no se agota entonces en la facultad de dirección política pues las entidades territoriales no solamente tienen derecho a gobernarse por autoridades propias sino que deben, además, gestionar sus propios intereses, con lo cual se concreta un poder de dirección administrativa (CP. art. 287). La autonomía está además ligada a la soberanía popular y a la democracia participativa, pues se requiere una participación permanente que permita que la decisión ciudadana se exprese sobre cuales son las necesidades a satisfacer y la forma de hacerlo (CP art. 1º, 2º y 3º). El poder de dirección del que gozan las entidades territoriales se convierte así en pieza angular del desarrollo de la autonomía. A través de este poder, expresión del principio democrático, la comunidad puede elegir una opción distinta a la del poder central. La satisfacción de intereses propios requiere la posibilidad de que existan en cada localidad opciones políticas diferentes, lo cual no atenta contra el principio de unidad, pues cada entidad territorial hace parte de un todo que reconoce la diversidad.

5- Los principios de unidad y autonomía no se contradicen sino que deben ser armonizados pues, como bien lo señala el artículo 287 superior, la autonomía debe entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. De esa manera se afirman los intereses locales pero se reconoce la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario.

El equilibrio entre ambos principios se constituye entonces a través de limitaciones. Por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última."[61] (Énfasis añadido).

En adición a estas funciones, sinónimas de la autonomía territorial, puede hablarse de la manifiesta autonomía para la administración de los recursos naturales que ha proporcionado el medio ambiente

61 Sentencia C-535 de 1996 M.P: Alejandro Martínez Caballero.

y que por ser bienes de uso público, gozan de las condiciones de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad[62], por lo tanto, su titularidad recae en el Estado (representado en sus variables y vertientes como lo son las entidades territoriales) pero a la vez, la obligación de administrarlos autónomamente bajo los lineamientos que fija la Constitución en procura de su sostenibilidad.

Por los argumentos dados no puede hablarse con absoluta claridad y propiedad de una jerarquía administrativa en lo que es de la estructura del Estado. Colombia es un Estado unitario pero a la vez multiétnico, descentralizado, democrático y pluralista, que goza de una autonomía territorial por las condiciones culturales, sociales y económicas que hacen individuales a cada comunidad.

Las entidades territoriales tienen una jerarquía frente a la Constitución, una jerarquía que no las pone a una sobre otra por simple arbitrio del Constituyente, sino con el fin de permitir una colaboración armónica entre las funciones y prestación de servicios que desempeñan unas y que en casos especiales requerirán las coparticipación de las otras. El caso ambiental no es la excepción. Para la conservación de los recursos naturales y del medio ambiente se debe partir de la autonomía de cada una de las entidades territoriales, porque son ellas quienes tiene un contacto directo con las condiciones medio ambiéntales que imperan en cada territorio y que son desconocidas por la entidad administrativa que se encuentra en una escala superior, políticamente hablando.

Esta autonomía debe ser respetada con mayor valor en los grandes centro urbanos, quienes tienen una competencia exclusiva y excluyente sobre el perímetro urbano de su propio territorio porque son los mismos entes quienes cuentan con la suficiente valoración fáctica para determinar que normas resultan pertinentes para la protección del bien jurídico tutelado y hasta donde, en su ejercicio de su competencia de policía ambiental, pueden entrar a limitar los derechos de los particulares, sin necesidad de recurrir al concepto de la autoridad nacional. Por esto, si estas entidades están en la facultad legal y fáctica para expedir sus propias normas, bajo el antiguo precepto romano, quien puede lo más puede lo menos, también están facultadas para determinar los efectos de las mismas en el tiempo y en el espacio, cobijados, claro esta al principio de legalidad y de supremacía constitucional.

En este orden de ideas, la Ley 99 y el concepto del Rigor Subsidiario, parten de la autonomía e independencia de cada una de aquellas entidades, para que sean estas mismas, como se pasara a ver, las que bajo los principios de concurrencia y subsidiariedad, ejerzan las funciones pertinentes y necesarias para la conservación del ambiente y los recursos naturales que solo se hallan en los territorios que identifican y diferencia a cada una de las otras.

1.3 Concurrencia y Subsidiariedad en materia ambiental

El principio legal del Rigor Subsidiario es una garantía, no solo ambiental, sino administrativa, con la que cuentan las entidades territoriales para garantizar la descentralización y en especial, el

62 Véase artículo 63 de la Carta Superior.

cumplimiento y verificación de los principios de concurrencia y subsidiariedad, bajo las condiciones de estar actuando bajo los lineamientos, como ha quedado dicho, de la autonomía administrativa que consagra la Constitución.

Siendo así, los principios constitucionales de concurrencia y subsidiariedad deben entenderse como el anclaje bajo el cual opera la aplicación y efectividad de las normas de policía ambiental que se hagan más rígidas en sus efectos y restricciones, tal como es el fundamento del rigor subsidiario.

Con el resquebrajamiento de estos principios, como es el efecto que está causando la norma tal como se encuentra estructurada, no solo se hace ineficiente el principio del rigor subsidiario porque al decir que el Ministerio del Medio Ambiente decidirá sobre la conveniencia de prorrogar la vigencia o darle carácter de permanente a sus efectos, se limita la autonomía de las entidades porque aquellos que están en la posición para decidir sobre la conveniencia de fijar una nueva vigencia de la norma o de hacer extensivos sus efectos deberían ser las propias autoridades que han expedido originariamente la norma y son quienes conocen la motivación de hecho que fundamenta el acto administrativo por el cual se toma la medida, y que a la vez es una exigencia para la formación del acto que la autoridad que lo expida tenga la competencia para esto, y parte de esta competencia consiste en haber identificado las razones fácticas que motivan la medida, acompañada de la extensión de sus normas.

Es por esto que la Corte Constitucional, interpretando armónicamente los tres principios a los que se refiere el artículo 288 superior, entre ellos la concurrencia y subsidiariedad, ratifica las razones de derecho que fundamentan la autonomía de las entidades territoriales, de la siguiente manera:

> "Ahora bien, las competencias de los distintos entes territoriales, en un Estado unitario son ejercidas bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, tal y como lo dispone el artículo 288 arriba citado. En ningún caso puede entenderse que la ley pueda reducir a un ámbito mínimo el espacio de autonomía de las entidades territoriales.
>
> Así, el principio de coordinación no puede identificarse con el control o tutela. Coordinación implica participación eficaz en la toma de decisiones, que es la única forma legítima, en un Estado democrático, de llegar a una regulación entre intereses diversos, así como la mejor manera de ponderar aquellos intereses respectivos.
>
> Igualmente el principio de concurrencia evoca un proceso de participación importante entre los entes autónomos. La concurrencia no puede significar imposición de hechos ni de derechos en el ejercicio de las competencias para la defensa de los intereses respectivos.

> Es claro que el principio de subsidiariedad está directamente relacionado con el de complementariedad, y en este caso, como en los anteriores, es especialmente importante para su aplicación práctica que el apoyo funcional de un ente territorial a otro sea ejercido de tal forma que no lo suplante en sus funciones o competencias.
>
> Con respecto al principio de subsidiariedad, esta corporación señaló (...) que significa entre otras cosas, que:
>
> "el municipio hará lo que puede hacer por si mismo, y que únicamente en caso de no poder ejercer determinada función independientemente deberá apelar a niveles superiores, sea el departamento como coordinador, o el nivel central como última instancia, para que colaboren en el ejercicio de esa competencia".[63]

En adición a esto, la misma corporación prescribe que la garantía general de autonomía, al cual se sujeta la aplicación de los principios de concurrencia y subsidiariedad, de las entidades territoriales debe entenderse extendida a las normas y mandatos ambiéntales, como lo es para el caso, el mismo principio del Rigor Subsidiario, ya mencionado en un fallo citado;

> En el caso del patrimonio ecológico local, este principio es aún más claro, pues al ser una competencia propia de los concejos municipales y los territorios indígenas, su potestad reglamentaria no puede ser limitada por la ley, al punto de vaciarla de contenido, por cuanto el Congreso desconocería la garantía institucional de la autonomía territorial. Pero sí puede la ley dictar aquella normatividad básica indispensable a la protección del patrimonio ecológico en todo el territorio nacional.[64]

Si esta autonomía ambiental no se respeta, tal como ocurre con el artículo 63 de la Ley 99, se desconoce la competencia de los Concejos para dictar las normas necesarias para la preservación y cuidado del patrimonio ecológico y ambiental que se halla en cada uno de los territorios, y que es el fundamento que consagra el artículo 313 numeral 9 de la Constitución, el cual, como se hizo alusión, resulta vulnerado por la norma *subjudice.*

Si las entidades territoriales, en este entendido, no pueden o no les es permitido hacer lo que por si mismas pueden hacer entonces lo que se está causando es una flagrante violación de las normas y principios constitucionales, en especial el de subsidiariedad, ya que este principio representa la autorización para hacer aquello que puede hacer por si misma y por sus propias atribuciones que son exclusivas y excluyentes, sin desconocer, claro esta, en ningún momento el trabajo coordinado que se puede desplegar con otras entidades territoriales con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en todos sus niveles.

63 Sentencia C-571 de 1992 M.P: Ciro Angarita Barón.

64 Sentencia C-535 de 1996.

Los anteriores argumentos fundamentan el porqué la Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada por la demanda.

Así, al solicitarse la declaratoria de inexequibilidad del inciso 5 salvo la expresión que señala que las decisiones deberán ser motivadas, se está buscando garantizar el contenido del principio de autonomía territorial y a la vez se garantiza la participación ciudadana, pues la motivación de estas decisiones de carácter ambiental implica que dichas decisiones mantengan la posibilidad de impugnación en vía contenciosa.

Es decir, la norma así entendida conlleva a que la entidad territorial mantenga la autonomía ambiental dentro de su territorio, la cual queda sin efecto cuando se le indica a la entidad que puede tomar la decisión pero a renglón seguido se le señala que su decisión debe ser avalada por una autoridad de nivel superior, porque en efecto lo que hac4e la norma es dar una aparente autonomía sin respetar el contenido del numeral 9 del artículo 313 de la Constitución Política.

La norma aplicada como hasta el momento es entendida implica tratar a las entidades territoriales como menores de edad incapaces de tomar decisiones dentro del ámbito de sus territorios.

Tratándose de las Corporaciones Autónomas Regionales y los grandes centros urbanos a los que se refiere el artículo 66 de la Ley 99, estos no dependen de una autoridad que ejerza una competencia de superior jerárquico en materia ambiental sobre sus áreas urbanas, porque los grandes centros urbanos no son sujetos de control de un ente en nivel territorial superior por el mismo régimen especial con el que los ha dotado la Constitución, además que gozan de competencias ambientales especiales.

Así, la existencia de estos centros le da una connotación distinta, y con efectos distintos, al principio en sí, lo cual debe ser tenido en cuenta al momento de su aplicación e interpretación, sin que por esto se este rompiendo la unidad del sistema ambiental, como bien lo menciono la Corte en el fallo citado.

De esta forma debe entenderse el concepto del Rigor Subsidiario, diseñado por el legislador, para que sea aplicado por las entidades territoriales en plena armonía con los mandatos superiores y los principios de la descentralización administrativa, eficiencia, autonomía, concurrencia y subsidiariedad[65].

Respetuosamente,

Ricardo Gómez Pinto
C.C. 80.109.613

65 La Corte Constitucional se pronunció de manera definitiva sobre la constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 99 de 1993 en la sentencia C-554 del 25 de julio del 2007, en el siguiente sentido, referido directamente al alcance de la figura del principio del rigor subsidiario:

Primero.- Declarar inexequible la expresión serán por su naturaleza apelables ante la autoridad superior, dentro del Sistema Nacional Ambiental (SINA). y tendrán una vigencia transitoria no superior a 60 días mientras el Ministerio del Medio Ambiente decide sobre la conveniencia de prorrogar su vigencia o de darle a la medida carácter permanente , contenida en el articulo 63 de la Ley 99 de 1993.

Segundo.- Declarar exequible, por el cargo examinado, la expresión en concordancia con el artículo 51 de la presente Ley , contenida en el articulo 63 de la Ley 99 de 1993.

MOVILIDAD

Radicado de salida: 2-2006-7817 16/02/07
Bogotá, D.C.

Doctora
PATRICIA GONZÁLEZ ÁVILA
Secretaria Distrital de Movilidad
Ciudad

Asunto: Concepto: Normatividad sobre reposición de taxis. Rad. 1-2006-59980

Respetada Doctora Patricia:

Recibimos su solicitud de concepto, donde se consulta sobre la reposición de vehículos de servicio público individual, clase taxi; teniendo en cuenta los diferentes criterios jurídicos que sobre el tema se ha emitido por parte de la Personería de Bogota, la Interventoría de la Universidad Nacional y la Subsecretaría Jurídica de la suprimida Secretaría de Tránsito, hoy Secretaria de la Movilidad.

Dado lo anterior, se solicita formalizar un pronunciamiento que permita a la Administración Distrital definir una posición institucional ante la Personería de Bogotá:

1. Problema Jurídico

Se pregunta sobre si es necesario acreditar la tarjeta de operación para la reposición de taxis.

2. Marco Legal.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 688 de 2001, la reposición consiste en sustituir un vehículo que ha alcanzado el término de su vida útil por otro nuevo o de menor edad dentro de la vida útil determinada por ley; este proceso no implica un incremento de la capacidad transportadora de la empresa.

El Decreto Nacional 172 de 2001 "por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en vehículo Taxi" define en el artículo 39, que la tarjeta de operación es el documento único que autoriza a un vehículo automotor para prestar el servicio público bajo la responsabilidad de una empresa de transporte, de acuerdo con el radio de acción autorizado.

Esta tarjeta permite oficializar la vinculación de un vehículo a una empresa de transporte público cuya vinculación se formaliza con la celebración del respectivo contrato entre el propietario del vehículo y la empresa, de acuerdo a lo reseñado en el artículo 27 de la norma anteriormente citado.

De igual forma, la tarjeta de operación se expide por la autoridad competente únicamente a los vehículos legalmente vinculados a empresas de transporte público debidamente habilitadas. La vigencia de la misma es por el término de 1 año. (Artículos 40 y 41 Ibíd.)

El artículo 66 de la Ley 336 de 1996 preceptuó que las autoridades de transporte del orden distrital podrán regular el ingreso de vehículos por incremento al servicio público de transporte automotor de pasajeros. Por medio del artículo 35 del Decreto Nacional 172 de 2001 se estableció la prohibición para que las autoridades de transporte autoricen el ingreso de taxis al servicio público de transporte por incremento hasta que no se determinen las necesidades del equipo mediante el estudio técnico; el incremento implica un aumento en el número de vehículos.

De conformidad con el artículo 4 del Decreto Distrital 260 de 2006 se señala que se podrán ingresar vehículos de transporte público individual de conformidad con lo previsto en las siguientes normas:

- Parágrafo 1 del Artículo 27 de la Ley 769 de 2002 "Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones".

  Señala que el Ministerio de Transporte reglamentará el cambio de servicio público tipo taxi a servicio particular. Mediante el Decreto Nacional 4116 de 2004, se señala el procedimiento para solicitar ante el Organismo de Tránsito y transporte, donde se encuentre registrado el vehículo, el cambio de servicio de público a particular, el cual implica el cambio de la licencia de tránsito y de las placas, siempre y cuando el vehículo tenga una antigüedad en el servicio público, mínima de cinco (5) años.

- **Decreto 436 de 1996 (sic)** "por el cual se fijan políticas sobre reposición del parque automotor en vehículo clase bus, buseta y microbús para el servicio público de transporte colectivo de pasajeros y/o mixto y se dictan disposiciones complementarias.

- **Decreto 1094 de 1998** "por el cual se toman medidas sobre reposición del parque automotor para el servicio público de transporte colectivo de pasajeros." Establece mecanismos y reglas para la reposición de vehículos tipo microbús y señala los plazos para tal efecto.

- **Decreto 115 de 2003** "Por medio del cual se establecen criterios para la reorganización del transporte público colectivo en el Distrito Capital"

- **Decreto 116 de 2003** "Por medio del cual se establecen mecanismos de vigilancia y control para la reposición, la desintegración física de vehículos que cumplan su vida útil y los aportes a fondos de reposición"[66].

- **Resolución 514 de 2003** expedida por el Secretario de Tránsito y Transporte, "Por la cual se adoptan medidas para el control de la reposición."

66 Suspendido provisionalmente con el auto de fecha julio 10 de 2003 y Declarada su Nulidad mediante fallo del Tribunal Admin. de C/marca. fechado 19 de mayo de 2005 (Exp. 2003-0437), providencia que fue apelada, estando pendiente de resolver el recurso.

3. Pronunciamientos y Conceptos jurídicos.

3.1. Posición de la Personería de Bogotá.

La Personería de Bogotá, mediante oficio 2006EE48463, manifestó que de conformidad con la normatividad vigente – Decreto 206 de 2006 -, así como en las normas que éste ha derogado, no se contempla entre los requisitos exigidos para reponer un automotor taxi el de "contar con tarjeta de operación vigente al 14 de octubre de 1993", como lo confirmó el oficio SO-08-571-104196 del 5 de octubre, que relaciona cerca de 2400 trámites de reposición que resultaron exitosos sin que los automotores contaran con la tarjeta.

Para la Personería la invocación de la Ley 688 de 2001, mediante la cual se crea el Fondo de Reposición y Renovación del parque automotor de transporte público colectivo de pasajeros, no debe tenerse en cuenta por cuanto es una modalidad diferente a la de transporte individual, para la que la ley no ha fijado vida útil a sus vehículos, ni ha condicionado la renovación o reposición al proceso de chatarrización.

Por último establece que frente a los hechos, se solicitará las investigaciones pertinentes, lo cual no constituye obstáculo para que se adopte de manera inmediata los correctivos necesarios para garantizar la legalidad y transparencia sobre este tipo de trámites.

3.2. Concepto de la Universidad Nacional de Colombia.

De conformidad con la solicitud del Subsecretario Operativo de la suprimida STT, se solicitó a la Universidad Nacional, de conformidad con la Interventoría, emitir concepto sobre el requerimiento de la Personería de Bogotá relacionado con la normatividad sobre reposición que en la actualidad rige las actuaciones de la Secretaria de Tránsito y Transporte.

Considera que, en virtud del principio de coherencia, las normas deben ser consideradas en su totalidad, estimando tanto la parte motiva como la resolutiva. Lo que lleva a concluir que la autoridad distrital, con la expedición del Decreto 613 de 1993, estimó conveniente el cambio de equipo rodante de taxis mediante reposición de uno por otro nuevo, "sin que ello conlleve aumento o incremento en el número de vehículos que ahora están al servicio de la Ciudad, con el fin de congelar el parque automotor de taxis en Bogotá, a los que en la fecha de entrada en vigencia del Decreto presentaban el servicio público individual de pasajeros en la Ciudad. Por consiguiente, la norma se refiere a vehículos que estuvieron prestando el servicio en la Ciudad, porque precisamente ese era su objetivo; si se desconoce tal alcance, se hace ineficaz la norma e incoherente.

Argumenta el concepto que, si bien el Decreto 613 de 1993 fue derogado por el Decreto 716 de 1994, este dispuso mantener la política de ingreso solamente por reposición y suspendiendo el ingreso por incremento; de conformidad con la parte motiva que señaló: "que la Secretaría de Tránsito y

Transporte elaboró los estudios técnicos correspondientes, recomendó mantener la política actual de reposición de equipo y suspender por incremento hasta el 31 de diciembre de 1999".

Igual argumentación se aplica con el Decreto 1029 de 2000, que señaló que se debe mantener la política actual de ingreso por reposición y suspender el ingreso por incremento. Así como con el Decreto 519 de 2003 que ordenó prorrogar indefinidamente la suspensión del ingreso de vehículos por incremento para el servicio público.

Por último, estima el concepto de la interventoría que no es viable que señor Personero Delegado ordene a la STT tener su criterio como "de única aplicación e interpretación por parte de la Secretaria de Tránsito, ni que apremie hacerlo invocando procesos investigativos. Señala que se incurre en Conflicto de intereses, por lo que se recomienda solicitar a la Procuraduría General de la Nación, asumir investigaciones que generó la orden cuestionada.

3.3. Concepto de la Subsecretaria Jurídica de la STT (hoy Secretaria para la Movilidad).

Comparte la argumentación de la Personería de Bogotá, pues considera que tal argumentación tiene un asidero legal frente a los principios que rigen la hermenéutica jurídica, uno de los cuales indica que donde la norma no distingue no le es dable al intérprete hacerlo y si en ella no se contempla expresamente los requisitos que se están exigiendo para el trámite de reposición de vehículos taxi – tarjeta de operación vigente para el 14 de octubre de 1993 – fecha de expedición del Decreto 613 de 1993; se estaría excediendo la norma aplicable.

La finalidad que persigue el mecanismo de reposición está ligado con dos nociones: la vida útil sumado al propósito de la reducción del índice de contaminación; para lo cual resulta extraño el elemento de la tarjeta de operación.

Si la norma en sus considerandos y en la parte considerativa consigna la expresión "retiro del servicio" o "vehículos que ahora están al servicio de la ciudad" no denota con ello que se trate de vehículos que tengan tarjeta de operación vigente, considerando que la regulación va dirigida a vehículos afectados a un servicio público que, al ser retirados, se sustraen de tal característica, de donde se infiere que cuando la norma habla de servicio no se refiere a una tarjeta de operación sino a una connotación del vehículo.

Por otra parte, hace referencia a que la Resolución 0036 del 25 de enero de 1999, por la cual se establecen los requisitos del Registro Distrital Automotor, entre otros, no exige acreditar la tarjeta de operación para la cancelación de la matrícula o el registro inicial de vehículos taxi.

Por consiguiente, considera que la propuesta realizada por la interventoría de la Universidad Nacional de solicitar a la Procuraduría General de la Nación asumir la investigación que generó la orden cuestionada, en el ejercicio del poder preferente, no debe ser acogida por la Administración.

4. Análisis del caso.

De conformidad con las normas sobre la materia y los análisis realizados tanto por la Personería Delegada, como por la Universidad Nacional y la Subsecretaría Jurídica, esta Dirección presenta el siguiente análisis del caso en concreto.

En primer lugar, es necesario precisar que dentro de las normas específicas sobre reposición, no existe taxativamente la obligación de presentar la tarjeta de operación para realizar el procedimiento de reposición de taxis, existiendo aparentemente en ese tema vacío normativo, el cual se complementa con la derogatoria que sobre el artículo 1 (incluyendo el parágrafo) realiza el Decreto Distrital 1029 de 2000.

El parágrafo establecía: "A partir de la vigencia del presente Decreto únicamente se podrá autorizar el ingreso de vehículos clase taxi al servicio público individual de pasajeros siempre que se llenen los siguientes requisitos:

1. Que se acredite el retiro del servicio en la ciudad de un vehículo clase taxi registrado por lo menos cinco (5) años antes, en el servicio público de la ciudad.
2. Que el vehículo nuevo que se registre esté dotado de equipo o aditamentos que aseguren el mínimo posible de contaminación".

Ahora bien, pese a la derogatoria de la norma y de que ésta no establecía expresamente la solicitud de la tarjeta, es necesario analizar si sería procedente para la reposición de vehículos de transporte público individual - tipo taxi, exigir la tarjeta de operación para el respectivo proceso de reposición.

La definición de reposición, contiene tres premisas:

- Sustitución de un vehículo.
- El vehiculo que se va a sustituir tiene que haber alcanzado la vida útil, y se debe reemplazar por uno de menor de edad.
- El proceso no implica un incremento de la capacidad transportadora de la empresa, en oposición al ingreso de taxis al servicio público de transporte por incremento.

Si partimos de las anteriores premisas, vemos que la reposición no implica únicamente un reemplazo, sino que. a la par, se liga con la vida útil y con la prohibición del incremento de la capacidad transportadora, lo que implica en consecuencia que el vehículo que se va a sustituir debe contar con unas características propias y del medio y no solamente con la voluntad del propietario.

Como se indicó en la referencia normativa, en el artículo 39 del Decreto Nacional 172 de 2001, se define la tarjeta de operación como el documento único que autoriza a un vehículo automotor para prestar el servicio público bajo la responsabilidad de una empresa de transporte, de acuerdo con el radio de acción autorizado; es decir que sin esa tarjeta de operación, no se puede prestar

el servicio público. La expedición de la tarjeta por parte de la autoridad competente avala una operación individual pero con sujeción a una empresa transportadora.

En consecuencia, esta tarjeta de operación es la prueba necesaria para certificar la prestación del servicio público de los taxis que se encuentran en funcionamiento y los cuales pertenecen o tienen contrato con una empresa transportadora.

Así, la exigencia de la tarjeta de operación vigente resultaría válida, en el sentido de que con ella se estaría verificando la prestación del servicio y por ende la vinculación a la respectiva empresa, con el fin de realizar el seguimiento determinado por la ley para que la capacidad transportadora de la reposición no aumente; es decir, si bien la tarjeta de operación no está relacionada de manera directa con la vida útil del vehículo, pues ésta no certifica tal situación, si se vincula estrechamente con la tercera premisa del concepto de reposición y con lo cual se garantizaría el no incremento de vehículos.

Desconocer la tarjeta de operación conllevaría a tener que garantizar a una persona, propietario de un nuevo vehículo, la posibilidad de la prestación del servicio y por ende la vinculación a una empresa, sin que previamente se verifique la capacidad transportadora de la misma.

A fin de garantizar la efectiva reposición de los vehículos tipo taxi y de no permitir por este medio que realmente se efectúe ingreso de taxis por incremento, es absolutamente necesario exigir la tarjeta de operación vigente.

Al respecto, es importante citar la Sentencia de Tutela No. 2006-1073 del Juzgado 32 Civil del Circuito, quien decidió la impugnación de la Acción de Tutela de Silvestre Garavito Garzón contra la Secretaria de Tránsito y Transporte.

El actor solicitó la protección al derecho a la igualdad y al debido proceso por considerar que han sido vulnerados por no permitir el reemplazo por nuevos vehículos con base en los cupos dejados por varios automóviles, que tal negativa obedeció que la entidad accionada se apoya en un requisito no previsto en la ley, como es el que se encuentre vigente la licencia de operación del vehículo que se saca del servicio y que en tal sentido, se está aplicando un criterio que encuentra respaldo legal.

Por su parte, la Secretaría de Tránsito solicitó negar la tutela, al considerar que no ha incurrido ni en acción ni en omisión que vulnere los derechos fundamentes del actor, refirió que existen otros mecanismos judiciales de defensa, por lo que no es procedente la tutela; de igual forma que el actor no amparó su trámite en el documento idóneo como es el formulario único nacional, y que se presenta un caso de cosa juzgada, porque sobre le mismo asunto ya se había tramitado otra acción.

El Juez de primera instancia, tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso y ordenó a la STT aceptar la reposición de los vehículos, por considerar que al momento de realizar la reposición, cumplió con los requisitos exigidos por Ley. Adicionalmente considera, que con la decisión de la entidad se produce un perjuicio irremediable y que con ello trae como consecuencia

la afectación del derecho al trabajo y al mínimo vital, porque el actor tendría que pagar cláusulas penales al no poder cumplir los contratos que celebró para obtener la reposición de los vehículos y para el caso la tutela debe prosperar con carácter transitorio mientras la jurisdicción competente se pronunciaba sobre la nuiad y restablecimiento del derecho.

Dentro de la impugnación de la tutela, la STT, argumentó que el requisito adecuado es la tarjeta de operación, según se infiere del artículo 39 de la Ley 172 de 2000, y que así lo ha señalado la entidad en varios pronunciamientos de la Subsecretaría Jurídica y que no se puede predicar la vulneración del derecho a la igualdad con apoyo en los resultados de otros trámites.

La Sentencia de segunda instancia indicó, al momento de verificar si existió vía de hecho, que "el criterio aplicado por la autoridad accionada no es arbitrario, porque encuentra soporte jurídico en las funciones de organización, vigilancia y control de la actividad transportadora dentro de su jurisdicción territorial, conferidas por el artículo 8 de la Ley 336 de 1996...".

De igual forma indicó que, "la medida se ajusta a la finalidad que se busca con la figura de reposición de automotores, que no es otra q, que sacar de circulación vehículos que se encuentren operando en condiciones de deterioro o que técnicamente no sean adecuados, para permitir la renovación del parque automotor con el que las empresas autorizadas se encuentren prestando el servicio, por vehículos nuevos, que técnicamente garanticen la disminución de la contaminación ambiental, que ofrezcan mejores condiciones de seguridad, que garanticen el bienestar de los usuarios, etc..."

Ahora bien, con el fin de garantizar la unidad normativa y la aplicación de la figura de la reposición, así como de dar claridad a los ciudadanos sobre los requisitos, es necesario que se formalice tal solicitud por medio de un acto administrativo, que permita subsanar el error de la derogatoria del parágrafo del artículo 1 del Decreto 944 de 1999, y que adicionalmente incluya dentro de los requisitos la solicitud de tarjeta de operación; sin que esto impida que la Secretaria de Movilidad pueda exigir el requisito referido.

En los anteriores términos respondemos la consultada formulada por usted. Quedamos atentos para el estudio y trámite del acto administrativo referido.

Cordialmente,

CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES
Subdirector de Conceptos (E)

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Proyectó: Zulma Rojas Suárez – 23
Revisó: Camilo José Orrego Morales.
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero.

LOCALIDADES

Radicado de salida 2-2007-16427 13/04/07
Bogotá DC,

Doctora
ELSA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Alcaldesa Local de San Cristóbal
Avenida 1° de Mayo 1-40 Sur
Ciudad.

Asunto: Comité Local de Desplazados
Rad. 1-2007-13268

Respetada doctora Elsa:

Hemos recibido su comunicación donde solicita se emita concepto jurídico acerca de la viabilidad para que la Alcaldía Local pueda crear un comité de desplazados por la violencia, toda vez que no considera viable la creación del Comité Local mencionado, pues no encuentra que exista norma que autorice a los Alcaldes Locales para la creación de dichos comités.

Al respecto, me permito informarle que el Decreto Distrital 1189 de 1997 reglamentó el Comité Distrital para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, posteriormente el Acuerdo 2 de 1998 dictó normas para la Atención Integral de los Desplazados por la Violencia, y en el Decreto Distrital 624 de 1998 se reglamentó el funcionamiento del Consejo Distrital para la Atención Integral de la Población Desplazada por la Violencia.

Ahora bien, por medio de la Resolución 153 de 2002 la Secretaría General de la Alcaldía Mayor designó al Director de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia de la Subsecretaría de Asuntos para la Convivencia y Seguridad Ciudadana de la Secretaría de Gobierno, como la Secretaría Técnica del Consejo Distrital para la Atención Integral de la Población Desplazada por la Violencia.

Dada la importancia del tema en comento, como usted bien lo sabe, el Acuerdo 119 de 2004 por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, social y de obras públicas para Bogotá DC. 2004-2008 Bogotá Sin Indiferencia Un Compromiso Social Contra la Pobreza y la Exclusión, señala en el numeral 9 del artículo 9 dentro de los Programas del Eje Social el de la Cultura para la inclusión

social con una meta para atender a 32.000 familias en grave situación social, de desplazamiento o en situación de emergencia por calamidad, crisis o desastre natural.

Por su parte el numeral 3 del artículo 19 plantea dentro de los Programas del Eje de Reconciliación la atención a la población en condiciones de desplazamiento forzado, desmovilización o vulnerabilidad frente a la violencia, con perspectiva de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, el Plan Distrital de Atención a la Población Desplazada de la Dirección de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia de la Secretaría de Gobierno señala que la atención humanitaria en el Distrito comprende la apertura de Unidades de Atención y Orientación en las localidades que presentan la mayor concentración de población en situación de desplazamiento y ampliación de la oferta institucional en las mismas, en el marco del fortalecimiento de las localidades.

De igual forma en el documento de presentación del Proyecto de Acuerdo 261 de 2006, hoy Acuerdo 257 de 2006 *"Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones."*, se hizo referencia a la creación y funcionamiento de cuatro (4) Unidades de Atención Integral al Desplazado (UAID), en las localidades con mayor presencia de esta población, como son Suba, Ciudad Bolívar, Bosa y Puente Aranda.

En este orden de ideas, las Alcaldesas Locales para dar cumplimiento al Plan Distrital de Atención a la Población Desplazada, al Acuerdo Distrital 257 de 2006 y al literal a) del artículo 5 del Decreto Distrital 539 de 2006 referente a la coordinación de la acción administrativa del Distrito en la localidad, están facultadas para crear las instancias que sean necesarias para garantizar una atención oportuna y eficaz a la población en situación de desplazamiento.

Por lo anterior, la Alcaldía Local de San Cristóbal puede con base en la función de coordinación que le reconoce el Decreto Distrital[67] mencionado crear una instancia local que se encargue de analizar y recomendar soluciones frente a la situación del desplazamiento forzado en Colombia, sin que sea relevante que tal instancia de coordinación no se encuentre prevista en la Ley 387 de 1997. Lo anterior, por cuanto, en nuestra opinión la mención que se hace del Consejo Nacional, comités departamentales, municipales, distritales para la Atención Integral a la Población Desplazada por la violencia no excluye la posibilidad de que en las localidades del Distrito Capital exista esta instancia de coordinación.

Precisamente, tal ha sido el entendimiento de la Alcaldía Local de Bosa quien mediante el Decreto Local 008 de 2006 creó el Comité Local para la atención integral de la población desplazada por la violencia y reglamentó su funcionamiento, conforme al artículo 61 y el numeral 1° del artículo

67 El literal a) del artículo 5 del Decreto 539 de 2006 Por el cual se determina el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la Secretaría Distrital de Gobierno y se dictan otras disposiciones establece dentro de las funciones de las Alcaldías Locales la de coordinar la acción administrativa del Distrito en la localidad.

86 del Decreto Ley 1421 de 1993, en los considerandos de este Decreto Local el cual puede encontrar en la página www.bogota.gov.co en el link régimen legal, se detalla la explicación que se ha hecho en este documento.

En estos términos damos respuesta a su comunicación, cualquier inquietud al respecto estaremos atentos en atenderla.

Cordial Saludo,

MANUEL AVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

C. Trámite: Dra. Hayleen Albornoz Ferreira. Dirección de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia de la Secretaría de Gobierno.

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros
Revisó: Manuel Avila Olarte
13268

Radicado de salida 2-2007-48670 10/09/07

Bogotá D.C.,

Doctor

ORLANDO AMOROCHO CHACON

Presidente

Junta Administradora Local de Usaquén

Calle 120 A No. 7 - 55

Ciudad.

Asunto: Renuncia presentada al cargo de Edil ante el Alcalde Mayor de Bogotá.

Rad. 1-2007-41825, 3-2007-24229, 1-2007-42414 y 3-2007-24597

Respetado Doctor Amorocho:

Hemos recibido su comunicación en la cual remite la renuncia presentada a la curul de la Junta Administradora Local de Usaquén por la edil María José Valenzuela Gaviria.

Al respecto, me permito informarle que el artículo 71 del Decreto Ley 1421 de 1993 prescribe:

> *"Las juntas administradoras locales se reunirán, ordinariamente, por derecho propio, cuatro veces al año, así: el primero (1o.) de marzo; el primero (1o.) de junio; el primero (1o.) de septiembre, y el primero (1o.) de diciembre. Cada vez las sesiones durarán treinta (30) días prorrogables, a juicio de la misma Junta hasta por cinco (5) días más...."* (Subrayas fuera de texto)

Por información suministrada por la Junta Administradora Local 1 de Usaquén ésta se encuentra reunida conforme a lo señalado en la norma anteriormente mencionada.

Por su parte, el artículo 67 del Decreto Ley 1421 de 1993 prescribe que:

> *"Son aplicables a los ediles las normas del presente estatuto relativas a faltas absolutas y temporales de los concejales".*

En este orden de ideas, el Alcalde Mayor solo conoce de las renuncias de los Concejales cuando el Concejo se encuentra en receso, y por remisión del artículo 67 del Decreto Ley 1421 de 1993 en concordancia con el numeral 8 del literal A) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, también conoce de las renuncias presentadas por los ediles cuando las Juntas Administradoras Locales no se encuentran sesionando.

En el presente caso, el Alcalde Mayor carece de competencia para aceptar la renuncia de la edil María José Valenzuela por cuanto la Junta Administradora Local de Usaquén se encuentra reunida, de conformidad con el artículo 71 del Decreto Ley 1421 de 1993.

En consecuencia, corresponde al Presidente de la Junta Administradora Local de Usaquén, llevar a consideración de la plenaria la renuncia que presenten los ediles y decidir mediante resolución motivada las faltas absolutas o temporales de los mismos, llamar a quien tenga derecho a suplirlo y darle posesión, de conformidad con las normas legales vigentes.

Por lo anterior, remito la renuncia presentada por el edil María José Valenzuela.

En estos términos damos respuesta a su comunicación.

Cordial Saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE

Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO

Directora Jurídica Distrital

Anexo: 2 folios

C. Información: Dra. **María José Valenzuela Gaviria.** Edil Junta Administradora Local de Usaquén. Calle 120 A No. 7 – 55
Dr. **José Luís Berrio Cuitiva**. Director de Gestión Humana de la Secretaría Distrital de Gobierno.
Dr. **Raúl Navarro Mejía.** Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Gobierno.

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero
41825

Radicado de salida 2-2007-10276 02/03/07

Bogotá, D. C.,

Doctor

ANDRÉS FELIPE VÁSQUEZ MEJÍA

Edil de Usaquen

Localidad Primera de Usaquen

Calle 120 A No 9-05

Ciudad.

Asunto: Su Consulta sobre régimen aplicable a Honorarios de Ediles en el Distrito Capital. Radicado. 1-2007-2324 de enero 22 de 2007

Respetado Doctor Andrés Felipe.

El Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, mediante la radicación del asunto, nos ha dado traslado de su solicitud de consulta en relación con el régimen jurídico vigente en el Distrito Capital para el reconocimiento de Honorarios de los miembros de las Juntas Administradoras Locales, conforme al siguiente tenor:

> *" El pasado 11 de Agosto de 2006, fue expedido el decreto 2721 "Por el cual se reglamentan los artículos 34 del Decreto-ley 1421 de 1993 y 58 de la ley 617 de 2000", este decreto aclara el término remuneración del Alcalde Mayo de Bogotá para efecto del cobro de honorarios por parte de los Concejales de Bogotá.*
>
> *El Decreto-ley 1421 en sus artículos 34 y 72 y lo establecido en la ley 671 en sus artículos 58 y 59 los cuales versan sobre Honorarios y seguros de los Concejales y Ediles, están idénticamente redactados, lo que deriva en que el trato ante la ley debería ser el mismo, la diferencia es que para efecto del cobro de honorarios tenemos una flagrantes desigualdad; a los ediles no se les reconoce la misma remuneración que la de los Alcaldes Locales.*
>
> *Si todos somos iguales ante la ley y está redactada de idéntica forma, **¿por qué a los concejales de Bogotá si se les reconoce lo establecido en la ley y por que a los Ediles de Bogotá no? ¿Qué quiere decir el término Remuneración según lo establecido en la Ley y el Decreto antes señalado?** "* (Destacado hace parte del texto)

En consecuencia, atenderemos sus inquietudes en los términos que a continuación exponemos.

1. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Debemos en primer lugar, observar las normas que dentro del contexto jurídico nacional regulan los aspectos inherentes al tema de honorarios de los miembros de las Corporaciones Publicas que se integran el Concejo y Juntas Administradoras de Bogotá Distrito Capital, y al respecto, tenemos:

1.1. El Decreto Ley 1421 de 1993 "Por medio del cual se establece el Estatuto Orgánico de Bogotá Distrito Capital, establece:

"ARTÍCULO 340.[68] Honorarios y seguros. A los Concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del Alcalde Mayor dividida por veinte (20).

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los concejales no excederá la remuneración mensual del Alcalde Mayor.

También tendrán derecho durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud. El Alcalde contratará con una compañía autorizada los seguros correspondientes.

Cuando ocurran faltas absolutas, quienes llenen las vacantes correspondientes tendrán derecho a los beneficios a que se refiere este artículo, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período respectivo.

El pago de los honorarios y de las primas de los seguros aquí previstos estará a cargo del presupuesto de la Corporación. "

.....

"Artículo 72.- Honorarios y seguros.- A los ediles se les reconocerán honorarios por su asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración del alcalde local dividida por veinte (20). Los ediles tendrán derecho a los mismos seguros reconocidos por este decreto a los Concejales.

68 Este artículo fue reglamentado por el Decreto Nacional 1187 de 1998

En ningún caso los honorarios mensuales de los ediles podrán exceder la remuneración mensual del alcalde local.

El pago de los honorarios y de las primas de seguros ordenados estará a cargo del respectivo Fondo de Desarrollo Local."

1.2. El Decreto reglamentario No 1187 de 1998, determinó que la remuneración mensual del Alcalde Mayor de Bogotá Distrito Capital, para efectos de liquidación de los honorarios de los Concejales del Distrito Capital a que alude el artículo 34 del Decreto 1421 de 1993, estará conformada por la asignación básica, los gastos de representación y la prima técnica.

1.3. La Ley 617 de 2000 "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional", en su artículo 58, establece:

"Artículo 58.- Honorarios y seguros de Concejales. [69] *A los concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquellas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del alcalde mayor dividida por veinte (20).*

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los concejales no excederán la remuneración mensual del alcalde mayor.

También tendrán derecho, durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud. El alcalde contratará con una compañía autorizada los seguros correspondientes.

Cuando ocurran faltas absolutas, quienes llenen las vacantes correspondientes tendrán derecho a los beneficios a que se refiere este Artículo, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período respectivo.

El pago de los honorarios y de las primas de los seguros aquí previstos estará a cargo del fondo rotatorio del concejo."

"Artículo 59.- Honorarios y seguros de ediles. A los ediles se les reconocerán honorarios por su asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones per-

69 Reglamentado por el Decreto Nacional 2721 de 2006

manentes que tengan lugar en días distintos a los de aquellas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración del alcalde local, dividida por veinte (20). Los ediles tendrán derecho a los mismos seguros reconocidos por esta ley a los concejales.

En ningún caso los honorarios mensuales de los ediles podrán exceder la remuneración mensual del alcalde local.

El pago de los honorarios y de las primas de seguros ordenados estarán a cargo del respectivo fondo de desarrollo local."

1.4. Jurisprudencia. Al respecto tenemos que el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, [70] ha expresado:

"...al liquidar los honorarios de los ediles tomando como base "la remuneración del alcalde local", se genera una situación de desigualdad entre los ediles de los distintos localidades, pues la remuneración de los alcaldes locales está conformada por la asignación básica, gastos de representación y prima técnica y no todos los alcaldes de las 20 localidades de la ciudad reciben una misma remuneración, puesto que no todos tienen los mismos estudios y experiencia, que los hace merecedores a la prima técnica.

En esas condiciones, los ediles de una localidad donde el alcalde no recibe prima técnica, resultan percibiendo menos honorarios que en las localidades donde sí las percibe el respectivo alcalde.

El problema jurídico se resuelve en el siguiente orden:

La Carta Política, artículos 322 y siguientes, se ocupa de la organización del Distrito Capital, señala cómo se determina su régimen político, fiscal y administrativo, prevé que el territorio distrital se dividirá en localidades de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, que en cada una de tales localidades habrá una junta administradora, elegida popularmente para períodos de tres años, integrada por no menos de siete ediles. Los alcaldes locales, serán designados por el Alcalde Mayor de terna enviada por la correspondiente Junta Administradora.

Estima la Sala que la expresión "remuneración" que utiliza el artículo 72 del Decreto 1421 de 1993, al establecer que a los ediles se les reconocerán honorarios por su

70 Radicación número: AI-055 Consejero ponente ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, Bogotá, D.C., septiembre once (11) de dos mil uno (2001). Actor: RAFAEL MERCHÁN ÁLVAREZ, Demandado: articulo 72 DECRETO 1421 DE 1993

asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en día distinto a los de aquellas, y que por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración del alcalde local dividida por veinte (20), debe ser entendida como aquella que se fija en la respectiva escala salarial para el cargo, atendiendo factores propios del empleo, tales como el nivel al cual pertenece, responsabilidades y naturaleza del mismo, independientemente de factores inherentes a la persona que lo desempeña.

Así, por vía de ejemplo, según el Acuerdo 37 de 1993, por el cual se fija la remuneración y el sistema de clasificación para las distintas categorías de empleos en la Administración central de Santafé de Bogotá, D.C., el cargo de alcalde local, se ubica en el nivel directivo de la administración central del Distrito Capital, en la escala salarial allí establecida, le corresponde asignación básica y gastos de representación. Esa es la remuneración correspondiente al cargo.

La prima técnica, definida como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado, a empleados altamente calificados, se otorga con base en estudios y experiencia, es un factor relacionado con la persona, no con el cargo, por lo tanto no puede ser entendida como factor constitutivo de remuneración del alcalde local en forma genérica para calcular los honorarios de los ediles.

El mismo Acuerdo 37 de 1993, previó la prima técnica para el nivel directivo hasta el 50%, supeditado su reconocimiento a la reglamentación que para el efecto expida el Alcalde mayor y en el parágrafo 1º del mismo artículo 6º dispuso:

Hasta tanto el Alcalde mayor reglamente la prima técnica de que trata el inciso 2º del artículo anterior, la misma se seguirá reconociendo con base en la normatividad vigente.

Así pues, entendida la remuneración del alcalde local, como la asignada en las escalas de remuneración, según el nivel y categoría descrito en el Acuerdo antes mencionado, la cual está compuesta por la asignación básica y los gastos de representación, la disposición acusada no resulta violatoria de las disposiciones constitucionales invocadas en la demanda; ella per se, no incurre en ningún trato discriminatorio o infundado, pues debe analizarse de manera objetiva atendiendo los factores propios del cargo en los términos ya indicados, sin apreciaciones subjetivas o atinentes a factores que se relacionan directamente con la persona que lo desempeña.

En conclusión, el artículo 72 del Decreto 1421 de 1993 no resulta violatorio de los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en los términos pretendidos por el demandante.

Entendida la "remuneración" del alcalde local para efectos de reconocimiento y pago de los honorarios a los ediles, como aquella constituida por los factores correspondientes al cargo (asignación y gastos de representación) y que de su literalidad no se deduce violación de los artículos 13 y 53 de la Carta Política, por las razones ya expuestas, la Sala se encuentra relevada de exponer disquisiciones adicionales alrededor de la petición subsidiaria que el actor hace consistir en que, de no prosperar la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad de la norma acusada, se declare exequible condicionada a que la expresión "remuneración" no comprende la prima técnica del alcalde.

3.3. A manera de ilustración, en materia de antecedentes de remuneración por servicios de los miembros de las juntas administradoras locales, observamos en el régimen municipal ordinario, lo establecido por el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 136 de 1994,[71] según el cual se menciona que "los miembros de las Juntas Administradoras Locales cumplirán sus funciones Ad-Honorem", y al ser analizada la constitucionalidad de esta disposición por parte de la Corte Constitucional, la Corporación expresó:

"En virtud de no haber establecido el constituyente el carácter remunerado o ad-honorem de los ediles miembros de las Juntas Administradoras Locales, ni en el artículo 318, para los demás municipios; ni en los artículos 322, 323 y 324 de la Constitución para las Juntas Administradoras Locales del Distrito Capital, el legislador, por consideraciones de conveniencia se encontraba y se encuentra en libertad de disponer que los ediles puedan desempeñar sus cargos de manera remunerada o en forma ad-honorem, sin que ello signifique que se vulnera la Constitución Nacional con una u otra decisión sobre el particular. Se observa por la Corte que el artículo 320 de la Constitución Nacional, autoriza al legislador para "establecer categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalar distinto régimen para su organización, gobierno y administración", norma ésta de la cual no ha hecho utilización el Congreso Nacional para disponer que en algunos municipios tengan remuneración los miembros de las Juntas Administradoras Locales habida consideración de su número de habitantes, sus recursos presupuestales y la complejidad de la labor que, entonces, surja para esos entes de elección popular, posibilidad legislativa que queda abierta hacia el futuro, sin que ahora pueda aducirse una inexequibilidad por omisión."

A contrario sensu, y tal como lo hemos visto, el legislador extraordinario y ordinario al expedir tanto el Decreto Ley 1421 de 1993, Art. 72, como la Ley 617 de 2000, Art. 59, tuvo en cuenta el régimen

71 Sentencia C-715 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

especial que aplica del Distrito Capital en la Constitución Política, estableciendo la posibilidad de que los Ediles perciban honorarios por sus servicios en las Juntas Administradora Locales:

Así las cosas, como se puede advertir, entonces, el legislador, al expedir la ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios", estableció el régimen municipal de carácter general; y, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades de que fue envestido por el artículo transitorio 41 de la Carta Política, mediante la expedición del decreto 1421 de 1993 -conocido como el Estatuto Orgánico de Bogotá, Distrito Capital-, dictó las normas sobre régimen especial para el Distrito Capital a que se refieren los artículos 322, 323 y 324 de la Constitución.

2. CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones expuestas y frente al caso consultado se concluye lo siguiente:

2.1 A los Concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias[72] y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del Alcalde Mayor dividida por veinte (20).

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los Concejales no excederá la remuneración mensual del Alcalde Mayor, de tal forma que la misma, [73] se debe entender como la devengada por el Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. para efectos de la liquidación de los honorarios de los Concejales del Distrito Capital a que alude el artículo 34 del Decreto 1421 de 1993.

En efecto, el artículo 2º del Decreto Nacional 4353 de 2004 dispone:

> *"Créase para los Alcaldes de las Alcaldías clasificadas en categoría Especial y Primera, como prestación social, una bonificación de dirección equivalente a cuatro (4) veces el salario mensual compuesto por la asignación básica más gastos de representación, pagaderos en dos contados iguales en fechas treinta (30) de junio y treinta (30) de diciembre del respectivo año."*
>
> *(...)*

De lo anteriormente expresado tenemos que el Decreto 2721 de 2006, expedido por el Gobierno Nacional, es claro en precisar que únicamente para efectos de la liquidación de los honorarios de los Concejales del Distrito Capital a que aluden los artículos 34 del Decreto-ley 1421 de 1993 y 58 de la Ley 617 de 2000, la remuneración mensual del Alcalde Mayor de Bogotá está conformada

72 Decreto Ley 1421 de 1993 en los incisos primero y segundo del artículo 34

73 D. R. 1187 de 1998,

por la asignación básica, los gastos de representación, la prima técnica y la doceava parte de la bonificación de dirección que el Alcalde Mayor .

2.2. Ahora bien, el Estatuto Orgánico de Bogotá, expresa que el competente para establecer las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos de la administración central, y de las localidades, es el Concejo Distrital,[74] lo mismo que la asignación de competencia de estas últimas.

2.3. Así las cosas, para dicho efecto, la Corporación ejerció dicha potestad y por medio del Acuerdo 37 de 1993, fijó las escalas de remuneración y el sistema de clasificación para las distintas categorías de empleos en la Administración Central de Bogotá, Distrito Capital, y en el artículo 6º estableció para los niveles Directivos y Profesionales una prima técnica, cuyo factor de base para su cálculo, es la asignación básica mensual.

Ahora bien, el cargo de Alcalde Local, conforme a lo establecido en el Decreto Distrital 539 de 2006 *"Por el cual se determina el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la Secretaría Distrital de Gobierno y se dictan otras disposiciones, en concordancia con el Decreto Nacional No. 785 de 2005, Art. 4º "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004"*, está ubicado en el nivel directivo, el cual comprende, entre otros, los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos, expresando taxativamente que los Alcaldes Locales, se encuentran ubicados en esa grado de jerarquía laboral.

De lo anterior se infiere que la prima técnica aplicable a los Alcaldes Locales, previo el lleno de requisitos, es la asignada al nivel directivo, y de acuerdo a la jurisprudencia en cita del Consejo de Estado,[75] no se reflejará como factor para establecer honorarios de Ediles.

2.4 En consecuencia, los honorarios de los Ediles del Distrito Capital,[76] deben ser reconocidos por su asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en día distinto a los de aquellas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración del Alcalde Local dividida por veinte (20).

Debemos hacer precisión, que en relación con la prima técnica de los Alcaldes Locales, éste emolumento se reconoce de manera individual y personal con base en el cumplimiento de requisitos de educación y experiencia del servidor público individualmente considerado , por tanto es viable calificarla como prima técnica de formación avanzada y experiencia (factor salarial).

74 Ibidem Art. 12, numeral 8º

75 Radicación número: AI-055 Consejero ponente ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, Bogotá, D.C., septiembre once (11) de dos mil uno (2001). Actor: RAFAEL MERCHÁN ÁLVAREZ, Demandado: articulo 72 DECRETO 1421 DE 1993

76 Decreto Ley 1421 de 1993, Art. 72

5.5 En virtud a lo expuesto, atendiendo a las inquietudes contenidas en su consulta, es claro que las formulas establecidas para establecer los honorarios de los Concejales y de los Ediles, conforme al análisis del presente documento, son diferentes.

En efecto, el Consejo de Estado, examinó los argumentos de posible desigualdad, como los que usted menciona, y tal como lo hemos visto, llegó a la conclusión de que este vicio no existe, e inclusive señaló la solución al problema jurídico planteado, expresando que el concepto "remuneración" contenido en el artículo 72 del Decreto 1421 de 1993, aplicable a los honorarios de los Ediles, será el que se cause por su asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en día distinto a los de aquellas, y que por cada sesión a la que concurran.

Así las cosas, los honorarios de los miembros de las Juntas Administradoras Locales, serán iguales a la remuneración del alcalde local dividida por veinte (20), y se debe entender que para su liquidación, será aquella que se fija en la respectiva escala salarial para el cargo, atendiendo factores propios del empleo, tales como el nivel al cual pertenece, responsabilidades y naturaleza del mismo. Aclarando que factores inherentes a la persona que lo desempeña, como la prima técnica, no se deben tener en cuenta.

La explicación tiene soporte tanto en el ordenamiento jurídico que hemos analizado, como en la jurisprudencia en cita, en cuanto que es evidente que los honorarios de Concejales depende de la remuneración del Alcalde Mayor de Bogotá Distrito Capital, conforme lo definió claramente el Decreto Nacional 2721 de 2006, mientras que la de los miembros de la Juntas Administradoras Locales (Ediles), es la establecida por la norma especial contenida en el Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 72, es decir, éstos depende de la proporcionalidad que tenga la remuneración del cargo de Alcalde Local.

De otra parte, a titulo de ilustración, se adjunta copia de concepto emitido por ésta Dirección sobre el mismo tema, RAD.2-2007-1874, en comunicación dirigida al Señor Yesid García Beltrán, Edil de la Localidad de Barrios Unidos.

Finalmente, es importante mencionarle que éste Despacho estará atento para colaborarle en los demás aspectos que correspondan de manera directa a la competencia que la ley ha señalado a la Administración Distrital en los términos anotados.

Cordialmente,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Anexo: Cuatro (4) Folios. RAD. 2-2007-1874

Copia de Información. Dra. Alba Lucia Bastidas Meza
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital
Anexo: Cuatro (4) Folios. RAD. 2-2007-1874

Dr. Deidamia García Quintero
Subsecretaría de Localidades
Secretaría de Gobierno Distrital
Anexo: Cuatro (4) Folios. RAD. 2-2007-1874

Dr. Raúl Navarro Mejia
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Secretaria de Gobierno Distrital
Anexo: Cuatro (4) Folios. RAD. 2-2007-1874

Proyectó: Orlando Corredor Torres
Revisó Manuel Ávila Olarte
Aprobó Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de Salida: 2-2007-64669 12/10/ 2007
Bogotá D.C.

Señor
EDILBERTO CORREDOR LOZANO
Carrera 7C No. 155 A – 43 Oficina 202
Ciudad

Asunto: Solicitud de concepto – Inhabilidad de un empleado público para integrar la Junta Administradora Local. Radicación No. 1-2007-52807, 1-2007-53711.

Reciba un cordial saludo Señor Edilberto:

Hemos recibido la solicitud de concepto del asunto en el que solicita se informe sobre cuál es el tiempo de inhabilidad de un empleado público para integrar una corporación de elección popular, en específico una Junta Administradora Local, así como si son aplicables las inhabilidades contenidas en la Ley 617 de 2000.

De igual forma mediante comunicación No, 1-2007-53711 la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá remite por competencia la solicitud de concepto presentada por el peticionario y que obedece al mismo texto presentado en la Secretaría General.

Al respecto y de conformidad con su petición nos permitimos realizar las siguientes consideraciones:

1. Problema Jurídico.

Se pregunta sobre la normatividad aplicable a las inhabilidades para inscribirse y ser parte de una Junta Administradora Local, en específico sobre el tiempo de prohibición para ejercer como empleado público.

2. Marco Jurídico.

El Decreto Ley 1421 de 1993.

El Estatuto Orgánico de Bogotá, en el tema de inhabilidades para ser elegido edil, contempla dentro del artículo 66, que: "No podrán ser elegidos ediles quienes: ...

. . . *"4. Dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura se hayan desempeñado como empleados públicos en el Distrito; hayan sido miembros de una junta directiva distrital;*

hayan intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con el Distrito o hayan ejecutado en la localidad contrato celebrado con organismo público de cualquier nivel".

Ley 136 de 1994.

Esta Ley por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, contempla dentro del artículo 124, nuevas causales de inhabilidad para ser elegido miembro de las Juntas Administradoras Locales; sin que se hubiera pronunciado respecto al tiempo de inhabilidad señalado en el Decreto Ley 1421 de 1993.

"Artículo 124º.- Inhabilidades. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:

1. *Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.*
2. *Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público; y*
3. *Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de la Juntas y consejos directivos de las entidades públicas".*

La Ley 617 de 2000.

El objeto de esta ley fue reformar parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, adicionar la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, y dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y dictar normas para la racionalización del gasto público nacional, estableciendo dentro del capítulo V reglas para la transparencia de la gestión departamental, municipal y distrital.

Esta norma señaló en los artículos 30 numeral 2, 33 numeral 3, 37 numeral 2 y 43 numeral 2; las inhabilidades para ser inscrito como candidato o elegido como Gobernador, Diputado, Alcalde o Concejal, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, municipio o distrito (de acuerdo al cargo que aspire) o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento, municipio o distrito, según el caso.

En el artículo 60 de la mencionada Ley, se señala que las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección

popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el capítulo quinto de la ley, rigen para Bogotá Distrito Capital.

En el artículo 96, la Ley 617 de 2000 deroga expresamente los artículos 96 y 106 del Estatuto Orgánico de Bogotá, referentes a la elección del Personero Distrital y del Contralor de Bogotá, respectivamente.

2. Análisis del caso.

Teniendo en cuenta las anteriores normas, es necesario entrar a determinar cuál es el régimen de inhabilidades aplicables a los ediles, en el sentido de precisar si el periodo al que se refiere el artículo 66 numeral 4 del Decreto Ley 1421 de 1993, fue modificado con lo establecido en la Ley 617 de 2000, cuando dispone que el régimen aplicado en el capítulo V se aplicará al Distrito Capital.

3.1 Dada la remisión expresa del artículo 60 de la Ley 617 de 2000, en primer lugar es necesario determinar cuál fue la intención del legislador y el trámite dado respecto a las derogatorias expresas del Decreto Ley 1421 de 1993. Dicho análisis fue realizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-950 de 2001, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño en la que se discutió sobre la Constitucionalidad de la Ley y su trámite formal en el Congreso. Respecto al tema señala lo siguiente:

... *"3. Desde la presentación del proyecto de Ley en la Secretaría General de la Cámara de Representantes quedó claro que uno de los motivos en razón de los cuales se desplegó el proceso legislativo fue el de modificar el régimen especial del Distrito Capital de Bogotá. Y ese proceso legislativo se cumplió en relación con esa temática pues así se lo advierte tanto en las ponencias presentadas en cada uno de los debates como en el giro que esos debates tomaron.*

En efecto. El proyecto originalmente presentado preveía la derogatoria de los artículos 28, 29, 30, 34, 37, 66, 68 y 72 del Decreto 1421 de 1993; normas que establecían las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, del alcalde y de los ediles del distrito capital y sus honorarios y seguros. Esta previsión se mantuvo en la ponencia para primer debate en la Comisión Primera de la Cámara pero en el debate se eliminó la referencia a los artículos 34 y 72 y por eso el texto aprobado contemplaba la derogatoria de los artículos 28, 29, 30, 37, 66 y 68 del mencionado Decreto. Este texto se mantuvo en la ponencia y en el texto aprobado por la Plenaria de la Cámara.

En la ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado, entre las normas a derogar se incluyeron los artículos 96 y 106 del Decreto 1421 de 1993 con el propósito de permitir la reelección de personeros y contralores del distrito capital, armonizando esa situación con la de los demás personeros y contralores, texto que fue aprobado por la Comisión. En la ponencia para segundo debate se suprimió la derogatoria de los artículos 28, 29, 30, 37, 66 y 68 del citado Decreto dado el carácter especial de Bogotá y la necesidad de mantener las inhabilidades e incompatibilidades previstas en ese régimen. De esa manera, en el texto aprobado sólo se incluyeron los artículos 96 y 106 entre las normas derogadas.

Finalmente, ante las objeciones formuladas por dos senadores a la derogatoria de esas disposiciones y dadas las diferencias existentes entre los textos aprobados en las Plenarias de Cámara y Senado, se establecieron las Comisiones Accidentales que suscribieron el acta de conciliación en la que se acordó el texto definitivo del artículo 96 de la Ley 617 de 2000. (Resaltado fuera de texto)

4. Entonces, como puede advertirse, las modificaciones introducidas al régimen especial del distrito capital, mediante la derogatoria de algunas de sus disposiciones, surtieron los cuatro debates exigidos por la Carta para que un proyecto se convierta en ley. Es cierto, no se discute que se presentaron evidentes variaciones entre el contenido del proyecto original y el sentido en el cual el Congreso terminó ejerciendo su función legislativa. Pero esa falta de absoluta identidad entre las normas cuya derogatoria inicialmente se pretendía y aquellas que fueron efectivamente derogadas se explica como una consecuencia de la dinámica que caracteriza al proceso legislativo y no en virtud de una referencia incluida a última hora con el propósito de lograr la aprobación de una derogatoria normativa no considerada en el curso de los debates".

De este análisis se infiere en consecuencia que respecto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades la voluntad del legislador fue la de mantener las señaladas en el Decreto Ley 1421 de 2003, por el carácter especial del Distrito Capital. Por consiguiente y dado que la Ley 617 no se refirió a la derogatoria expresa de los artículos señalados en la ponencia y articulado de primer y segundo debate, no es viable la aplicación de dichas inhabilidades al cargo de ediles.

En otras palabras, el régimen de inhabilidades de los ediles es el consagrado en el artículo 66 del Decreto Ley 1421 de 1993.

2.2. Por otra parte, el Consejo de Estado, dentro del análisis del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los ediles en diferentes providencias ha señalado que:

"Las inhabilidades hacen referencia a aquellas circunstancias personales previas a la elección, contempladas por la Constitución o la ley, que imposibilitan que un ciudadano sea elegido.... Las inhabilidades tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a servir o ya están desempeñando cargos públicos".

"Considera la Sala que dado su carácter prohibitivo, las inhabilidades deben estar consagradas de forma expresa e interpretarse restrictivamente, de modo que su aplicación sólo es posible cuando se reúnan todos los presupuestos indispensables para sancionar a un servidor público de elección popular por su desatención o desobediencia"[77].

En consecuencia, es necesario tener en cuenta que dentro de la Ley 617 de 2000 no se establece expresamente las inhabilidades para ser elegido edil, por lo que se debe aplicar lo consagrado en el Decreto Ley 1421 de 1993, cuya norma se encuentra vigente[78].

77 Sentencia 727 del 3 de agosto de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo Estado. M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

78 A diferencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado considera que en los demás casos, - Alcalde y Concejo Distrital-, a pesar de haberse

Es de señalar que mediante Sentencia de fecha 15 de julio de 2004, la Sección Quinta del Consejo de Estado, Radicación No. 2003-0053-01(3186), dispuso:

"La elección impugnada se produjo el 25 de octubre de 2003, esto es, bajo la vigencia de la Ley 617 de 2000. El artículo 60 de esa normativa dispone lo siguiente:

". Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Bogotá Distrito Capital".

Luego, a pesar de que el artículo 96 de la Ley 617 de 2000 no derogó expresamente las normas contenidas en el Decreto 1421 de 1993 que regulan las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones del Alcalde, Concejales, Ediles, Contralor y Personero de Bogotá, lo cierto es que el artículo 60 trascrito sí regula la aplicación preferente de las normas de la Ley 617 de 2000. Por ello, a primera vista, podría considerarse que el Decreto 1421 de 1993 no es aplicable en el asunto subíndice.

Sin embargo, el Capítulo V de la Ley 617 de 2000 no regula las inhabilidades de los miembros de las Juntas Administradoras Locales, pues se limita a señalar algunas reglas en relación con las incompatibilidades de esos servidores públicos. Eso significa, entonces, que las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales del Distrito Capital señaladas en el artículo 66 del Decreto 1421 de 1993 no fueron derogadas ni expresa ni tácitamente por la Ley 617 de 2000. En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 72 del Código Civil, la derogatoria tácita sólo se produce cuando la ley posterior regula un tema de manera diferente al de la ley anterior, de tal manera que pugnen las dos disposiciones.

De modo que como la Ley 617 de 2000 no reguló el tema de las inhabilidades de los ediles debe concluirse que la norma que invoca el demandante estaba vigente en el momento en que se eligió al edil demandado, razón por la cual procede el estudio de fondo del cargo formulado en la demanda."

Este análisis ha sido igualmente acogido por el Consejo Nacional Electoral con la misma fundamentación reseñada por el Consejo de Estado[79].

3.3. Finalmente, es pertinente señalar que respecto a la causal del numeral 4 del artículo 66 del Decreto Ley 1421 de 1993 que hace referencia al desempeño como empleados públicos en el Distrito Capital, esta Secretaría mediante Concepto No. 74 de 2004 -inhabilidades para ser Alcalde Local - radicación 2-2004-11064, realizó el siguiente análisis.

---

derogado expresamente las normas consagradas en el Decreto Ley 1421 de 1993 sobre este tema -inhabilidades- se debe dar aplicación al artículo 60 de la Ley 617 de 2000, pues dichas prohibiciones si las determinó expresamente el legislador.

79 Ver. Concepto 3282 de 2006. Sobre el régimen de inhabilidades aplicables a los aspirantes a la Junta Administrativo Local y Concejo de Bogotá, por celebración de contratos.

"Frente a la aplicación de esta inhabilidad el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala Plena, emitió sentencia el día 16 de junio de 2003, en el expediente número P.I. 2003-0347-01 con ponencia de la Magistrada Amparo Oviedo Pinto, negando las pretensiones de la demanda en el proceso de perdida de investidura iniciado contra un edil que había sido empleado público del nivel nacional.

En esta ocasión el Tribunal consideró que la norma contenida en el artículo 66 del Decreto Ley 1421 de 1993 Estatuto Orgánico de Bogotá es exclusivo para el Distrito Capital y que por lo tanto no puede hacerse extensiva a empleados de otro nivel territorial. El edil no era empleado ni prestó sus servicios para el Distrito, por lo tanto no estaba inhabilitado para ser elegido, en consonancia con el concepto emitido en el mismo proceso por el Ministerio Público.

En efecto, sostiene el Tribunal en uno de sus apartes lo siguiente:

"En el sentir de la Sala, la inhabilidad se configuraría si su servicio lo hubiere prestado como empleado vinculado a la entidad territorial Distrito Capital de Bogotá; ese y no otro es el espíritu de la norma especial, mas no existe inhabilidad si tenía como sede de su trabajo la ciudad de Bogotá. Siguiendo la orientación de la norma general de inhabilidad prevista en la ley 136 de 1994 para todos los miembros de juntas administradoras locales, no puede ser elegido miembro de junta administradora local quien sea empleado público, es la regla general, y la especial señalada, no puede interpretarse sino con referencia exclusiva a los empleados vinculados al servicio del Distrito donde se aplica el régimen especial.""

En el caso concreto se puede concluir:

1. La normatividad aplicable en el caso de inhabilidades para ocupar un cargo de elección popular – Junta Administradora Local – es el consagrado en el Decreto Ley 1421 de 1993 y en la Ley 136 de 1994.

2. El tiempo de inhabilidad de un servidor público para ser elegido como edil en una junta administradora local es que no ostente dicha calidad dentro del Distrito Capital con tres meses de anterioridad; en otras palabras como lo señala el numeral 4 del artículo 66 del Estatuto Orgánico, no podrán ser elegido como edil el que dentro de los tres meses anteriores a la inscripción de la candidatura se hayan desempeñados como empleados públicos en el Distrito Capital.

3. La Ley 617 de 2000 se refiere expresamente a las inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores (artículos 30 y 31), diputados (artículos 33 y 34), alcaldes (artículos 37 y 38) y concejales (artículos 40 y 41) y las incompatibilidades de los ediles (artículo 44), sin que se haya referido expresamente al régimen de inhabilidades de los ediles; razón por la cual para el caso del Distrito Capital operan únicamente las previstas en el Decreto Ley 1421 de 1993. Luego el artículo 60 de la citada ley debe interpretarse en el entendido de que la remisión es aplicable si existe la regulación expresa en dicha Ley.

4. Cuando el numeral 4 del artículo 66 del Decreto Ley 1421 de 1993, hace referencia a los empleados públicos en el Distrito Capital, debe entenderse aquellos que se encuentran vinculados con la administración Distrital o hacen parte de algunas de las entidades distritales en calidad de empleados, y no respecto de los que se desempeñan como empleados públicos en alguna de las entidades de carácter nacional o departamental que tienen su asiento en la capital de la República o que su sede de trabajo sea el Distrito Capital.

Cordialmente,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia de Información:

Dr. FRANCISCO JAVIER CÓRDOBA ACOSTA
Jefe Oficina Asesora Jurídica – Contraloría de Bogota.
Su oficio: 2007-62876 y 2007-63881

Dr. RAÚL NAVARRO.
Jefe Oficina Asesora Jurídica – Secretaría de Gobierno.

Dr. DEIDAMIA GARCÍA QUINTERO
Subsecretaria de Asuntos Locales – Secretaría de Gobierno

Dr. MARCO EMILIO HINCAPIE RAMÍREZ
Presidente del Consejo Nacional Electoral.
Av. El Dorado No. 46-20 CAN Piso 6.

Proyectó: Zulma Rojas Suárez
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

DERECHO ADMINISTRATIVO

Radicado de salida 2-2007-28850 5/06/07

Dependencia 2214200
Bogotá DC,

Doctor
CARLOS HOLGUÍN SARDI
MINISTRO DEL INTERIOR Y JUSTICIA
Ciudad.

Asunto. Solicitud de Consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con la autorización para la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital[80].

Reciba un cordial saludo, Doctor Holguín.

De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 270 de 1996, muy respetuosamente solicito a usted se dirija ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con el objeto de que esa Corporación se pronuncie sobre quién es la autoridad competente para autorizar la creación entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital, si es el Concejo de Bogotá en virtud del numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 o el Alcalde Mayor de conformidad con el artículo 49 de la Ley 489 de 1998.

Sobre este particular, nos permitimos presentar el siguiente análisis donde expondremos las dos tesis sobre la autorización para la creación de entidades descentralizadas indirectas.

I. MARCO NORMATIVO

AUTORIZACIÓN PARA LA CREACIÓN DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS

El numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 señala dentro de las atribuciones del Concejo Distrital, la siguiente:

80 El Consejo de Estado en el concepto No. 1844 del 22 de octubre de 2007, respondió que la creación de las entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital de Bogotá, deben ser expresamente autorizadas por el Concejo Distrital, por iniciativa del Alcalde Mayor, de conformidad con los artículos 12, numeral 9, y 13 del Decreto Ley 1421 de 1993. Sostuvo el Consejo de Estado que el mencionado artículo 96 no derogaba el citado artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993.

"Crear, suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta y la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características." (Subrayas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 prescribe:

"Corresponde a ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

Las sociedades de economía mixta serán constitutitas en virtud de autorización legal.

Parágrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal." (Subrayas fuera de texto)

Y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 prescribe:

"Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades publicas con participación de particulares. las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

e) La duración de la asociación y las causales de disolución." (Subrayas fuera de texto)

II. PRIMERA TESIS. COMPETENCIA DEL CONCEJO DISTRITAL PARA AUTORIZAR LA PARTICIPACIÓN DEL DISTRITO EN OTRAS ENTIDADES DE CARÁCTER ASOCIATIVO

La primera tesis se puede sintetizar en que cuando se pretenda crear una entidad descentralizada indirecta debe mediar un Acuerdo del Concejo Distrital en los términos indicados en el numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 que prescribe:

> *"Crear, suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta y la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características." (Subrayas fuera de texto)*

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[81], al responder la consulta elevada por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre los alcances de la figura contenida en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, referida a la creación de entidades descentralizadas indirectas mediante la figura de asociación entre entidades públicas, consideró lo siguiente:

> *"3. ¿Puede un establecimiento público del orden territorial, organizado a la luz de los decretos 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976, y constituido como una asociación entre entidades públicas territoriales modificar su naturaleza jurídica,*

81 Radicación No. 1291 Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo. 26 de octubre de 2000.

transformándose en una persona jurídica sin ánimo de lucro sujetándose a las disposiciones del Código Civil en las condiciones previstas en el artículo 95 de la ley 489 de 1998?".

El Consejo de Estado consideró:

"En consecuencia, armonizando el contenido de las normas que orientan la organización de la administración pública en los niveles nacional, departamental y municipal y habida consideración de que la misma debe obedecer a los principios de la función administrativa, esto es, igualdad, eficacia, economía, entre otros, la Sala estima que en el asunto de consulta, para el cambio de naturaleza jurídica de un establecimiento público del orden territorial -constituido por la asociación de entidades públicas de ese orden- que es una de las posibilidades contenidas dentro del concepto de modificación de una entidad, se hace necesario que en el acto de creación de las entidades asociadas se les hubiera autorizado expresamente tanto para la conformación de organismos mediante la forma de asociación, como para la transformación de los mismos, o en su defecto la autorización de la asamblea o del concejo, de acuerdo con el nivel al que pertenezcan las asociadas". (Subraya fuera de texto)

El Consejo de Estado respondió:

"3. A un establecimiento público del orden territorial, conformado mediante asociación de entidades públicas del mismo nivel, se le puede modificar su estructura y en consecuencia cambiarle la naturaleza jurídica -para el caso de la consulta- por la de una persona jurídica sin ánimo de lucro, siempre y cuando en los actos de creación de las entidades asociadas exista autorización expresa para ello o dicha autorización sea otorgada por la asamblea o el concejo, según se trate de entidades departamentales o municipales". (Subraya fuera de texto)

Ahora bien, el artículo 33 del Acuerdo 262 de 2006 *"Por el cual se expide el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007"* prescribe:

"Ningún órgano o entidad que haga parte del Presupuesto Anual podrá contraer compromisos a nombre de Bogotá D.C., que impliquen el pago de cuotas o emolumentos a organismos nacionales e internacionales con cargo al Presupuesto Anual del Distrito, sin contar con la aprobación del Concejo de Bogotá mediante Acuerdo Distrital." (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con esta posición, el numeral 9 del 12 del Decreto ley 1421 de 1993 se encuentra vigente, entendiéndose que la autorización a que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es genérica y no excluye la participación del Concejo Distrital en los términos indicados.

III. SEGUNDA TESIS. COMPETENCIA DEL ALCALDE MAYOR PARA AUTORIZAR LA CREACIÓN DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS

Esta segunda tesis se sintetiza en que la competencia para autorizar la creación de entidades descentralizadas indirectas la tiene el Alcalde Mayor. Se fundamenta legalmente en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, que señala lo siguiente:

El artículo 49 de la Ley 489 de 1998 prescribe:

> *"Corresponde a ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.*
>
> *Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.*
>
> *Las sociedades de economía mixta serán constitutitas en virtud de autorización legal.*
>
> *Parágrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal."* (Subrayas fuera de texto)

Debe advertirse, que hay tres (3) hipótesis legales en las que se autoriza la creación de entidades descentralizadas indirectas sin la participación de la Corporación pública de elección popular.

Lo anterior, opera para las empresas de servicios públicos[82] del Distrito Capital quienes no necesitan contar con la autorización del Concejo Distrital para asociarse con el fin de constituir otras empresas de servicios públicos, por cuanto tienen para ello la autorización legal conferida por el inciso 3º del artículo 18 de la Ley 142 de 1994, que prescribe:

> *"(...) Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir*

82 Rad. 1066 de la Sala de consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar. 18 de diciembre de 1997.

su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas."(...)

Otro caso de creación de entidades sin ánimo de lucro por autorización legal es MALOKA, la cual se conformó con base en la Ley 29 de 1990 y el Decreto Nacional 393 de 1991, normas de ciencia tecnología. En especial por el numeral 1° del artículo 1° del Decreto Nacional 323 de 1991 que prescribe:

"Modalidades de Asociación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades.

1. Mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones". (Subrayas fuera de texto)

De igual forma, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo. Al respecto prescribe:

"Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley." (...) (Subrayas fuera de texto)

En otras palabras, mientras que la asociación a que se refiere el numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 se refiere a la que congregue diferentes niveles territoriales de gobierno, en los cuales existan cuotas de afiliación y periódicas la asociación a que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere a la asociación con particulares para desarrollar actividades que se relacionen con el objeto de la entidad pública que utiliza esta autorización.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[83] respondió a la pregunta realizada por el Contralor General de la República referente al régimen jurídico y presupuestal aplicable a las personas que surjan en desarrollo de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, lo siguiente:

83 Radicación No. 1766 Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce. 9 de noviembre de 2006

"6.- ¿Cuál sería el procedimiento para que una persona jurídica constituida con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998 (asociación entre entidades públicas), haga transición al artículo 96 de la misma norma (constitución de asociaciones y fundaciones con participación de particulares)? ¿Tendría que crear una persona jurídica o bastaría un acta de la Junta Directiva autorizando esa incorporación?"

El Consejo de Estado consideró:

"Al amparo de los artículos transcritos (artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998) es viable constituir nuevas modalidades de organización administrativa basadas en la cooperación entre entidades públicas y la colaboración de los particulares con el fin de cumplir funciones administrativas y alcanzar los cometidos estatales, cuya característica común, es la ausencia de ánimo de lucro que las diferencia de otro tipo de entes públicos como las sociedades.

(...)

Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. (...) Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

Lo anterior, lleva a la Sala a afirmar que estas entidades tienen un régimen mixto, el consagrado en la ley 489 de 1998 en materia de autorizaciones para su creación y transformación, el de las entidades estatales que rige los actos unilaterales, contratos, responsabilidad y control y, el de derecho civil que regula su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación". (Subraya fuera de texto)

El Consejo de Estado respondió:

"6. La transformación de una persona jurídica constituida con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, en una asociación de carácter mixto, debe regirse por el procedimiento contemplado para ello en sus estatutos sociales. Advierte la Sala, que como para su constitución, conforme al artículo 49 de la ley 489 de 1998 el Gobierno Nacional, el Gobernador o el Alcalde tuvieron que impartir autorización previa, estas mismas autoridades deberán expresar su asentimiento para efectuar cualquier modificación estatutaria en torno a su naturaleza." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo, con esta segunda hipótesis, el numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 en lo que tiene que ver con la autorización para la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, está derogado tácitamente por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, entendiéndose que ésta es una autorización para todos los niveles territoriales sin requerir un Acuerdo Distrital expedido por el Concejo de Bogotá.

Ésta autorización del Concejo Distrital es sustituida por la del Alcalde Mayor, en los términos del artículo 49 de la Ley 489 de 1998.

III. CONSULTA

De conformidad con el artículo 38 numeral 1° del Decreto Ley 1421 de 1993 y con los antecedentes legales y jurisprudenciales que se han citado, se pregunta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado lo siguiente:

1. ¿La autorización dada por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para que las entidades públicas cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, puedan constituir asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias con participación de particulares, excluye la autorización que debe dar el Concejo Distrital, que trata el numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 o la autorización del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es genérica y no excluye la autorización del Concejo Distrital?

2. ¿El numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 en lo que tiene que ver con la autorización para la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, se encuentra derogado tácitamente por el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o solo debe comprender las descentralizadas por servicios en sentido estricto, sin incluir las indirectas?

3. ¿Para la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital se requiere únicamente la autorización del Alcalde Mayor, en virtud del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o se requiere de la autorización del Concejo Distrital en los términos del numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993?

Cordialmente,

LUÍS EDUARDO GARZÓN

Alcalde Mayor

ANEXOS: 1 medio magnético con el texto de la presente.

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros

Revisó: Manuel Avila Olarte

15397-15491

Radicado de salida 2-2007-28523 01/06/07

Bogotá, D.C.,

Doctor

JOSÉ JAIME TAPIAS PATRÓN

Director General

INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE - IDRD

Calle 63 No. 47 -06

Ciudad.

ASUNTO: Concepto/Controversia - Contrato de Arrendamiento No. 039 de 1992 Parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho El Campin. Oficio 038675-05- OTT´06. RADS: 1-2006-45108, 3-2006-30824, 1-2007-703 y 1-2007-12938

Apreciado doctor Tapias:

En atención a su solicitud contenida en el oficio 038675-05-OTT´06, mediante el cual requiere concepto sobre los posibles mecanismos jurídicos que permitan obtener en forma definitiva la restitución de los Parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin", ubicados en la Diagonal 57 No. 26-01 y prever los posibles escenarios y actuaciones de la Administración, frente al fallo que se profiera por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso No. 95-D-10.835". Damos respuesta a la misma, previa la revisión de los antecedentes y disposiciones aplicables al caso.

IV. ANTECEDENTES

1. CONTRACTUALES

- Contrato de Arrendamiento No. 039 suscrito el 14 de junio de 1992, entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, con el señor Miguel Moreno Ramos, cuyo objeto fue la entrega en arrendamiento de los parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho, con el fin de que sean explotados comercialmente. La duración del contrato se acordó en cinco (5) años y un valor de Treinta Millones de pesos ($30.000.000, oo), correspondientes al primer año de arrendamiento. Contrato suscrito en vigencia del Decreto 222 de 1983.

- En el contrato se pactaron entre otras, las siguientes cláusulas:

> *"**DÉCIMA PRIMERA.- Caducidad Administrativa:** Se consagra la caducidad administrativa, conforme lo establecido en el art. 285 de Código Fiscal del Distrito y se*

declara aquella de acuerdo con las causales previstas en el Art. 286 del mismo Código, la providencia que declare la caducidad administrativa se notificará tanto al contratista como a la entidad garante.

DÉCIMA CUARTA. Cesión: *El arrendatario no podrá ceder total o parcialmente los derechos derivados del presente contrato, sin el consentimiento previo y escrito por parte del Instituto, pudiendo este reservarse los motivos que tengan para negar su autorización".*

- El 8 de septiembre de 1993 el Instituto requirió al arrendatario para que cumpliera con las obligaciones estipuladas en la cláusula primera y sexta del contrato, antes de proceder a declarar el incumplimiento parcial del contrato.
- El Instituto Distrital para la Recreación y Deporte, mediante Resolución No. 227 del 13 de octubre de 1994, declaró la caducidad administrativa del contrato No. 039. Contra esta decisión, el señor Miguel Moreno Ramos, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación y por Resolución No. 252 del 22 de noviembre de 1994, el Instituto confirmó el acto administrativo No. 227 del 13 de octubre de 1994, quedando agotada la vía gubernativa.
- El 30 de noviembre de 1994, el señor Miguel Moreno Ramos, presentó acción de tutela ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá solicitando la suspensión de la Resolución No. 227 del 13 de octubre de 1994, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato No. 039, ordenando al director del Instituto se abstenga de proceder a la entrega de los Parqueaderos Norte y Sur del Campin, hasta tanto se decida la acción de nulidad.
- La acción de tutela se decidió el 13 de diciembre de 1994, resolviéndose en lo siguientes términos:
- *"1.AMPARARLE, a título de mecanismo transitorio, al señor Miguel Moreno Ramos el derecho al debido proceso. 2. En consecuencia, se ordene al Director del INSTITUTO PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE, que se abstenga de darle cumplimiento a la Resolución 0227 del 13 de octubre de 1994, y en consecuencia, se abstenga de llevar a cabo la restitución de los parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin" de esta ciudad, mientras el Tribunal competente de lo contencioso Administrativo resuelve sobre la demanda de nulidad que debe presentar el accionante. (...)".*

"Se observa que el fallo de tutela tuvo por objeto la protección transitoria del derecho invocado, hasta tanto el Tribunal Administrativo, juez natural del proceso, decidía, en derecho, sobre la demanda y la solicitud de suspensión provisional.

Por lo tanto y de conformidad con la sentencia referida entra esta Corporación a decidir conforme a las normas legales vigentes, sobre la admisión de la demanda

y la solicitud de suspensión de los actos demandados". (negrilla fuera del texto).

- El 14 de mayo de 1998, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, profiere sentencia dentro del expediente 95-D-10.835, analizando en la parte considerativa:

"Transcurridos más de dos años el instituto le reclamó al arrendatario la restitución de los parqueaderos, alegando la necesidad de arrendar todo el conjunto deportivo del que los arrendados forman parte.

3º.El arrendatario se negó.

4º. El arrendador profirió entonces la resolución 227 el 13 de octubre de 1994.

5º. La vía gubernativa se agotó por resolución de noviembre 24 de 1994.

6º. El arrendatario acudió entonces a la acción de tutela como mecanismo transitorio siendo amparado por el juez 6 civil del circuito de Bogotá, quien le ordenó al Instituto demandado abstenerse de ejecutar la decisión, y fijándole al demandante un término de 4 meses para acudir a demandar el acto administrativo.

En las razones de derecho se dice que el acto administrativo no indica la causal en que se funda la declaración de caducidad, que su causa es distinta de la alegada en ella, que no se concedió el recurso de apelación en tanto que procede, y que no respetó el derecho al trabajo...

Contestada la demanda por el Instituto demandado, se opuso a las pretensiones aceptando la celebración del contrato, y afirmando su incumplimiento por parte del arrendado, quien se acusa de haber cambiado la destinación del bien arrendado, para casetas de venta de comestibles, montallantas, taller, demolición en una parte del cerramiento del parqueadero norte (folio 39 del cuaderno 1)...

El demandante solicita se declaren nulas las resoluciones motivo de la demanda, porque se demostró en el proceso que fueron proferidas en forma ilegal por ausencia total de motivación ya porque no hubo sujeción a las normas especificas del Código Fiscal del Distrito Capital. (folios 83 a 86 del cuaderno principal)...

El arrendatario instauró acción de tutela ante el juez Sexto Civil del Circuito de ésta ciudad, en la que se ordenó:

"1.- Ampararle, a título de mecanismo transitorio, al señor Miguel Moreno ramos el derecho al debido proceso".

Ello con fundamento en:

> *"Varias normas constitucionales habrían sido violadas, en prejuicio del peticionario, por el Director del Instituto de Recreación y el Deporte...*
>
> *La restricción que contiene el numeral 2º. del art. 50 del C.C.A., en el sentido de que no proceda el recurso de apelación contra las decisiones de los representantes legales de las entidades descentralizadas, no tiene aplicación en el Distrito Capital, habida consideración de que su Código Fiscal, en forma clara y expresa, somete en la providencia que declara la caducidad, a los recursos ordinarios por la vía gubernativa; y entre esos recursos se encuentra, precisamente, el de apelación"...*
>
> *En otras palabras el juez Sexto Civil del Circuito encontró que había violación del debido proceso porque el Instituto no concedió el recurso de apelación contra la decisión de caducidad; la que a juicio del juez la admitía, porque para Bogotá no había lugar a dar aplicación, a la norma según la cual, los gerentes de las entidades descentralizadas por servicios no tienen superior jerárquico. Y para ampararlo, no concedió el recurso, sino suspendió la ejecución de la decisión".*

El Tribunal administrativo de Cundinamarca en providencia del 14 de mayo de 1998 negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Miguel Moreno Ramos.

Contra esta sentencia, se interpone el recurso de apelación, el cual fue rechazado por extemporáneo.

- El 4 de junio de 1998, la parte actora solicita se declare la nulidad de lo actuado, con el fin de que se tenga por no surtida legalmente la notificación y el 6 de agosto del mismo año, el Tribunal niega el incidente de nulidad, mediante providencia del 18 de agosto de 1998, contra la cual se interpuso el recurso de súplica con el fin de que se revoque la misma. Recurso que es rechazado por improcedente.
- Mediante providencia del 29 de enero de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resuelve no conceder el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del 14 de mayo de 1998. El 18 de febrero de 1999, la parte actora interpone recurso de reposición y en subsidio el de queja, contra el auto que negó la apelación y el 29 de abril de 1999, el Tribunal revocó el auto en mención y ordenó dar trámite al recurso de queja.
- El Consejo de Estado - Sección Tercera avoca conocimiento y el 27 de enero de 2000, revoca la providencia proferida el 29 de enero de 1999, por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y concede en el efecto suspensivo el recurso de apelación contra la sentencia del 14 de mayo de 1998, expedida por la sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

- En la actualidad, se encuentra en trámite la segunda instancia y el proceso está al despacho desde el 20 de abril de 2001, a la espera de que se profiera sentencia que ponga fin a la actuación.

2. OTRAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES REALIZADAS POR EL INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y DEPORTE.

- En 1997 (se desconoce fecha exacta), el Instituto solicitó la restitución de los bienes ubicados en los Parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin", ante la Alcaldía Local de Teusaquillo. Esta petición fue resuelta por la Alcaldesa, mediante Resolución No. 113 del 30 de marzo de 1998, ordenando el archivo provisional de las diligencias, fundamentando que el Despacho se abstiene de llevar a cabo la diligencia de restitución, hasta tanto no se resuelva de fondo la acción de nulidad impetrada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

- El 27 de noviembre de 2003, el Instituto Distrital para la Recreación y Deporte, instauró acción de tutela contra el señor Miguel Moreno Ramos, con el fin de que se ampararan los derechos constitucionales de igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, con fundamento en los requerimientos que el Instituto ha hecho al señor Moreno, tendiente a lograr la entrega de los parqueaderos objeto de litigio y evitar perjuicios irremediables. Esta acción de Tutela fue fallada en contra del IDRD, por sentencia del 13 de enero de 2004, proferida por el Juzgado 35 Civil Municipal, argumentando que no se presentan elementos que configuren algún perjuicio irremediable que hiciera procedente la protección de los derechos del accionante.

- El Instituto impugnó el fallo de tutela, avocando su conocimiento el Juzgado 38 Civil de Circuito de Bogotá, confirmando el fallo proferido por el Juzgado 35 Civil Municipal, mediante providencia del 18 de febrero de 2004.

  La acción de tutela instaurada por el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, fue objeto de revisión por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en providencia del 8 de julio de 2004[84], donde resuelve confirmar la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá.

- El 30 de diciembre de 2004, mediante oficio No. 24468 ante el IDRD, el señor Miguel Moreno Ramos, manifestó al Instituto su voluntad de entregar los parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio El Campín.

- La diligencia se llevó a cabo el 13 de enero de 2005 y al momento de la entrega material y formal de los parqueaderos, mediante acta suscrita entre el arrendatario y IDRD, éste tuvo conocimiento que el señor Miguel Moreno Ramos no era el arrendatario; sino terceras personas quienes ocupaban los Parqueaderos, y al requerirlos para que desalojaran, manifestaron desconocer al Instituto Distrital como propietario y que sólo se entenderían sobre el tema con el señor Bruno

84 Sentencia T-647/04. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño

Felipe Acero Salamanca, persona que autorizó la ocupación de hecho y Representante Legal de la firma ACEROS Ltda., con quien el IDRD no tiene vinculo alguno.

- Ante una presunta ocupación de hecho, el IDRD solicitó al señor Bruno Felipe Acero Salamanca, Representante Legal de la firma ACEROS Ltda., presentarse al Instituto, para que explicara las razones de orden legal que acreditaban la ocupación de los parqueaderos. Citación que no cumplió.

- El Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, instauró querella de lanzamiento por ocupación de hecho, por tenencia ilegal del señor Bruno Felipe Acero Salamanca y terceros indeterminados el 9 de Febrero de 2005, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, ante la Alcaldía Local de Teusaquillo, a efecto de obtener la restitución de los parqueaderos.

- La actuación policiva anterior, se falló en contra del IDRD, al exhibirse como oposición a la diligencia el documento de cesión del 28 de noviembre de 1994, firmado entre los señores Miguel Moreno Ramos y Bruno Felipe Acero Salamanca, mediante el cual el primero cedió al segundo todos los derechos derivados del contrato de arrendamiento No. 039 del 14 de junio de 1992, y por no encontrarse el Inspector de Policía habilitado para conocer de aspectos legales de fondo, diferentes a los de carácter policivo, como los que se discuten ante el Consejo de Estado.

4. POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ

Mediante informe preliminar de Auditoria-Plan de Auditoria Distrital 2006 fase II vigencia 2004-2005, en el ítem 2.3.5.5 analizó la situación del arrendamiento de los parqueaderos norte y sur del Estadio El Campin, manifestando entre otros argumentos:

"Para el ente de control, la suspensión provisional dada por el Juzgado 6º. Civil del Circuito, término su efecto, en el momento que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca avoca conocimiento, por cuanto el derecho tutelado DEBIDO PROCESO se garantizó con la actuación de lo contencioso administrativo, de otra parte, el demandante Miguel Moreno Ramos solicita a manera de ratificación la suspensión concedida por el Juez de Tutela, ante lo cual el Tribunal deniega la suspensión.

De lo que se colige que la suspensión provisional de las resoluciones dadas por el Juzgado Civil del Circuito no tiene efecto por lo tanto, no puede ser fundamento en otra acción jurídica porque al respecto ya se pronunció el Tribunal que es la autoridad competente para el caso...

En la actualidad el poseedor particular con tenencia ilegal, tiene la explotación económica de los parqueaderos norte y sur del Estadio. Según el IDRD hasta cuando sea proferido el fallo de segunda instancia, por el Consejo de Estado, no será posible su recuperación, afirmando que una de las pretensiones en controversia, es la de la restitución del inmueble arrendado, afirmación que no es cierta, por cuanto la decisión del Consejo de Estado es la validez y/o Nulidad de las resoluciones

que declararon la caducidad, es decir proceso declarativo independiente de las demás acciones. Por tanto, no se acepta la afirmación habiéndose agotado todas las vías jurídicas por parte de IBRD, para obtener este cometido, quedando supeditada cualquier actuación a ésta última instancia...

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y del Decreto 992 de 1930, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte instauró el día 9 de febrero de 2005, ante la Alcaldía Local de Teusaquillo, querella de lanzamiento por ocupación de hecho por la tenencia ilegal del señor Bruno Felipe Acero Salamanca y terceros indeterminados de los parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin" de la ciudad de Bogotá, ubicado en la Diagonal 57 No. 26-01.

Esta querella, surtidas las instancias respectivas, ante la Inspección Tercera E Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Teusaquillo, fue desatada en contra del IDRD...

Ante esta actuación se establece que el IDRD obró con negligencia porque en ningún momento demostró al Inspector de Policía que la suspensión provisional otorgada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito que en ese momento carecía de validez jurídica por las consideraciones antes expuestas".

V. CONSIDERACIONES

1. Naturaleza Jurídica de los Parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin"

De los antecedentes[85] aportados por el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, se desprende que la naturaleza jurídica de los parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin", son bienes de uso fiscal.

2. Legalidad de los Actos Administrativos.

Mediante la Resolución No. 227 del 13 de octubre de 1994, proferida por el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, declaró *"la caducidad administrativa del contrato de arrendamiento número 039 de 1.992, suscrito entre el INSTITUTO DISTRITAL PARA Y EL DEPORTE y el señor MIGUEL MORENO RAMOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.348.130 de Bogotá, de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima primera del contrato y el artículo 285 y siguientes del Código Fiscal del Distrito..."*

Contra la anterior decisión, se interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación. Actuación que se decidió por parte del IDRD, mediante Resolución No. 252 del 22 de noviembre de 1994, confirmando el primer acto administrativo, quedando así agotada la vía gubernativa.

85 Copia de: Contrato de Arrendamiento No. 039 de 1992, Resoluciones Nos. 227 y 252 de 1994, Fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito, Demanda de nulidad instaurada contra el IDRD, Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Fallo de tutela instaurada por el IDRD en contra del señor Moreno Ramos, Fallo de Revisión de la tutela instaurada por el IDRD, Querella de lanzamiento por ocupación de hecho, entre otros documentos.

Ante el hecho anterior, el señor Miguel Moreno Ramos, presentó acción de tutela ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 1994, solicitando la suspensión de la Resolución No. 227 del 13 de octubre de 1994, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato No. 039, y se ordene al director del Instituto se abstenga de proceder a la entrega de los Parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho El Campin, hasta tanto se decida la acción de nulidad.

Ahora bien, presentada la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuya petición es la nulidad de las Resoluciones 227 y 252 del 13 de octubre y 22 de noviembre de 1994 y la suspensión provisional de los citados actos administrativos, es claro que se amparó el derecho al debido proceso y además, el Tribunal no accedió a suspender provisionalmente los actos demandados al establecer que no existe violación manifiesta de los artículos 285, 286, 287 y 288 del Código Fiscal del Distrito[86].

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, profirió sentencia el 14 de mayo de 1998, negando las pretensiones de la demanda. Contra está decisión se interpone el recurso de apelación, el cual fue rechazado por extemporáneo.

Después de una serie de actuaciones por parte del arrendatario, el Consejo de Estado - Sección Tercera, avoca conocimiento y a la fecha, el proceso está al despacho desde el 20 de abril de 2001, a la espera de que se profiera sentencia que ponga fin a la actuación.

Así las cosas, se tiene que a la fecha existe un proceso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado, cuya finalidad es resolver el recurso de apelación dentro de la **acción de nulidad** instaurada por el señor Miguel Moreno Ramos, en calidad de arrendatario de los Parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin", tendiente a que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 227 y 252 del 13 de octubre y 22 de noviembre de 1994, mediante las cuales el IDRD, declaró la caducidad administrativa del Contrato No.039 del 14 de junio de 1992, por incumplimiento del mismo; situación que permite manifestar que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que la suspensión provisional fue negada por la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, lo mismo no se puede predicar de su ejecutividad.[87]

III.- RESPUESTA

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, se responden en su orden las inquietudes planteadas en el documento denominado INFORME: **"a) Debe entenderse legalmente, que la suspen-**

86 Obligación de pactar la caducidad, causales de caducidad, efectos de la caducidad y declaratoria de la caducidad.

87 *(...) la conclusión de legalidad o no sobre un acto administrativo no está condicionada a su vigencia, pues la legalidad de un acto no está ligado con la producción de sus efectos (eficacia jurídica); la legalidad está vinculada con el momento de su nacimiento o de existencia, para el cual el juez debe examinar si en la expedición del acto ésta estuvo acorde con el ordenamiento jurídico superior* . Sentencia 13433, Sección Tercera, Consejo de Estado. Consejera Ponente: María Helena Giraldo Gómez

sión provisional dada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito, mediante acción de tutela, término su efecto, en el momento, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, avocó conocimiento de la demanda de nulidad..."?

En efecto, la suspensión provisional concedida mediante acción de tutela, quedó sin efecto, desde el mismo momento en que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, negó la suspensión provisional del acto por auto del 11 de mayo de 1995.[88]

De otra parte se tiene el fallo del 14 de mayo de 1998, mediante el cual profirió sentencia dentro del expediente 95-D-10.835, negando las pretensiones de la demanda, es decir, consideró que el acto administrativo expedido por el Instituto Distrital de Recreación y Deporte se ajustaba a los marcos legales respectivos, Código Fiscal entre otros.

"b) Constituye el fallo que se profiera por el Consejo de Estado, en caso de ser favorable para el I.D.R.D., tal como lo fue en primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, titulo ejecutivo, para efectos de proceder a demandar ante lo contencioso, la constitución y cobro de los valores adeudados por concepto de la tenencia ilegal de los parqueaderos norte y sur de Estadio El Campin?...".

La pregunta formulada confunde dos aspectos que es preciso diferenciar. Por una parte, el objeto de la discusión judicial en el Consejo de Estado es la definición de la validez de las Resoluciones proferidas por el Instituto Distrital para el Recreación y el Deporte, donde una vez se produzca fallo, éste le permitirá a la administración la realización de las decisiones contenidas en ese acto Administrativo. Por otra parte, en relación con la supuesta tenencia ilegal a lo que se hace referencia la misma no se discute ni en el fallo de primera ni de segunda instancia, sino que es el resultado de la actuación del arrendatario a través de la cesión no autorizada del contrato de arrendamiento suscrito con el IDRD. Desde este punto de vista, la acción que se propone, es la prevista en el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, de restitución del bien inmueble arrendado y de reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar, la cual deberá iniciarse contra el arrendatario del inmueble y cualquier tenedor del mismo, en especial, si la tenencia se deriva tal título esto es del contrato suscrito con el arrendatario que se entiende vigente, con el propósito de salvaguardar el interés jurídico relacionado con la tenencia de los inmuebles objeto de controversia.

"c) Si se llegara a instaurar un proceso ejecutivo, con fundamento en el fallo que se profiera por el Consejo de Estado, en los términos arriba expuestos, esto es en forma favorable para el I.D.R.D., para el cobro de los valores adeudados contra el señor Miguel Moreno Ramos y se debatiera por

88 Como en efecto lo señala en el fallo al expresar: *Se observa que el fallo de tutela tuvo por objeto la protección transitoria del derecho invocado, hasta tanto el Tribunal Administrativo, juez natural del proceso,* ***decidía, en derecho, sobre la demanda y la solicitud de suspensión provisional.***

Por lo tanto y de conformidad con la sentencia referida entra esta Corporación a decidir conforme a las normas legales vigentes, sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión de los actos demandados .

el mismo, en dicho proceso, la presunta cesión del contrato No. 039 de 1992, ocasionando la existencia de excepciones contra el mandamiento de pago o la acumulación indebida de pretensiones en un proceso de ésta naturaleza (Pretensión de Restitución y la controversia que existiría para la Pretensión de la presunta Cesión: Pretensiones de carácter declarativo o de Proceso ordinario, (Pretensión de carácter ejecutivo), sería viable legalmente, como otra alternativa o camino legal a seguir, que el I.D.R.D., para efectos de vincular procesalmente, tanto al contratista (Miguel Moreno Ramos), como al poseedor o aparente cesionario (Bruno Felipe Acero), adelantar ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, un proceso de reparación directa, con fundamento en el Principio de Enriquecimiento sin causa y del Principio Iura Novit Curia, con las fatalidades de carácter temporal que dichos procesos tienen por su prolongación en el tiempo? "

A esta pregunta, se le da respuesta en los términos expuestos en el punto anterior, teniendo en cuenta que los fundamentos base de ella, son los indicados en dicho literal b).

"d) Se encuentra vigente, la disposición de carácter normativo, que en su momento, determinó que la Alcaldía Local de Teusaquillo, mediante Resolución No.113 de fecha 13 de marzo de 1998, ordenara el archivo provisional de la diligencia de restitución de los Parqueaderos Norte y Sur del estadio El Campin, con fundamento en que "la aplicación del artículo 447 del Código de Policía de Bogotá, con relación a la restitución de inmuebles cuando se ha declarado la caducidad del contrato de arrendamiento, se podrá seguir aplicando por parte del Alcalde Local, solamente en los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la Ley 80 de 1993, los cuales incorporan dicha cláusula"? En caso afirmativo y una vez proferido el fallo definitivo por parte del Consejo de Estado, implica ello, que se solicite a la Alcaldía Local de Teusaquillo, se reanude la diligencia "archivada provisionalmente" o debe adelantarse un proceso de de restitución de inmueble arrendado, ante el juez del contrato, esto es, ante lo Contencioso Administrativo, tal como lo dispone la Ley 80 de 1993? ¿Si la diligencia de restitución se debe surtir ante la Alcaldía Local de Teusaquillo, ante quien se debe accionar para efectos del cobro de los valores adeudados al Instituto y bajo que supuestos legales?

El artículo 63 del Decreto 222 de 1983, determinaba: *"En firme la resolución que ha declarado la caducidad de un contrato de arrendamiento, en el que la Administración ha sido arrendadora, la restitución del bien se efectuará por la autoridad policiva del lugar de ubicación del inmueble".*

Por su parte el artículo 447 del Acuerdo 18 de 1989 (Código de Policía) indicaba:

"Cuando se trate de restitución de bienes del Estado en los que haya declarado la caducidad del contrato de arrendamiento, el Alcalde Menor procederá a fijar fecha y hora para la restitución (...). La actuación se limitará a la diligencia de que trata este artículo sin dar lugar a dilaciones ni oposición alguna..."

Igualmente el artículo 376 del Código de Policía establecía como función de los Alcaldes Locales:

"Conocer en primera instancia de los procesos por restitución de bienes... de propiedad de entidades de derecho público. Literal e).

"Restituir los bienes fiscales, una vez que quede en firme la resolución que declara la caducidad del contrato de arrendamiento..." Literal f).

Con base en las citadas disposiciones fue que la Alcaldesa de la Localidad de Teusaquillo, asumió el 30 de marzo de 1998 la competencia para aplicar el artículo 447 del Código de Policía vigente en ese momento.

A la fecha y conforme a lo dispuesto en el artículo 193 del Acuerdo 79 de 2003, corresponde a los Alcaldes Locales en relación con la aplicación de las normas de convivencia: *"13.2. De los procesos de restitución del espacio público, de bienes de uso público o de propiedad del Distrito o de entidades de derecho público;"*

El Consejo de Estado trató el tema de la protección de los bienes fiscales, en consulta radicada con el número 745, del 29 de noviembre de 1995, manifestando que:

"El procedimiento que se debe seguir para la recuperación de los bienes fiscales que se encuentran en poder de terceras personas es, inicialmente, el que corresponde a las acciones policivas de perturbación o de despojo, según el caso.

Vencido el término de prescripción para el ejercicio de las acciones policivas, el procedimiento es el correspondiente al proceso abreviado que dispone el Código de Procedimiento Civil para tramitar y decidir los asuntos de tenencia, salvo que se trate de un bien agrario, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en el Decreto - ley 2303 de 1989.

En el caso en estudio, es pertinente tener en cuenta que el inmueble, bien fiscal, fue entregado en razón de un contrato de arrendamiento[89], el cual a la fecha se encuentra vigente hasta tanto el arrendatario entregue al IDRD los parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin", por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien y por lo tanto, el arrendatario está en la obligación de entregarlo. Expresión que se encuentra en completa armonía con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993[90].

89 Artículo 1973. El arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado .

90 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&

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 .

Es relevante dejar en claro que por la naturaleza[91] misma del contrato de arrendamiento suscrito entre el IDRD y el señor Moreno Ramos, este se encuentra vigente hasta cuando se entreguen los parqueaderos Norte y Sur del Estadio Nemesio Camacho "El Campin", por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien y por lo tanto, el arrendatario está en la obligación de entregarlo. Expresión que se encuentra en completa armonía con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993[92].

Así las cosas y considerando que se trata de establecer la acción para la recuperación de un bien fiscal que fue entregado en virtud de un contrato de arrendamiento a un particular, que éste cedió a un tercero, sin que para ello hubiese contado con la autorización del arrendador, entidad estatal, nos ubicamos en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que respecto de las controversias derivadas de contratos estatales establece la competencia en cabeza de la jurisdicción contencioso - administrativa, de la siguiente forma:

*"**Del Juez Competente.** Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso - administrativa".*

Así mismo el artículo 78 de la Ley 80 de 1993, respecto de los contratos, procedimientos y procesos en curso al entrar en vigencia ésta ley, preceptúa:

"Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación". (negrilla no es del texto).

Disposición que es concordante con el principio enunciado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 que establece que a todo contrato se entiende incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. No obstante, no procede la aplicación de esta regla frente a los procesos que en relación con el contrato se inicien con posterioridad a la fecha de expedición de la Ley 80 de 1993, al tenor de lo previsto en la misma norma y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 6º. del Código de Procedimiento Civil conforme al cual *"Las normas procesales son de derecho público y de orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento"*, por consiguiente estas disposiciones en cuanto regulan las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, son de orden público, por consiguiente de carácter absoluto, inmediato y obligatorio.

91 Artículo 1973. El arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado .

92 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&

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 .

De lo expuesto podemos colegir que tratándose de procesos de restitución de bienes inmuebles arrendados a particulares en vigencia del Decreto 222 de 1983, y en los cuales se hizo efectiva la cláusula de caducidad, encontrándose ya vigente la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación Pública, en opinión de esta Dirección es de competencia de la jurisdicción contencioso -administrativo, tal como se infiere del artículo 75 de la ley en mención.

De manera que, en relación con las solicitudes hechas en este punto, se tiene que lo procedente es pedir la restitución de los inmuebles entregados en arrendamiento, mediante el contrato No. 039 del 14 de junio de 1992 y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar[93], a través del proceso de restitución de tenencia de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, ante el Juez contencioso administrativo y sin que para ello haya necesidad de esperar el fallo que debe proferir el Consejo de Estado.

"e) Definición de otros mecanismos legales que permitan a I.D.R.D., lograr su objetivo último, de forma pronta y eficaz, esto es: Restitución del Inmueble objeto del arrendamiento y cancelación de los dineros que se adeuden por su posesión y tenencia, desde el término correspondiente, tal y como se indicó la información financiera de los pagos efectuados".

En relación con este tema, reiteramos la respuesta al interrogante planteado en literal d).

VI. CONCEPTO

Así las cosas, y atendiendo que el interés prioritario del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, es el de obtener la restitución del bien, debe proceder en forma inmediata a:

Instaurar la acción contra el arrendatario del inmueble y cualquier tenedor del inmuebles, en especial, si deriva tal título del contrato suscrito con el arrendatario, con el propósito de salvaguardar el interés jurídico relacionado con la tenencia de los inmuebles objeto de controversia, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que consagra: *"De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley"* , teniendo en que el contrato sigue vigente y continúan en vigor las demás obligaciones hasta tanto el arrendatario no entregue el bien, entre otras, el pago de la renta acordada la cual no se viene cumpliendo, por consiguiente el arrendador puede solicitar la restitución de del bien a través del proceso abreviado en los términos indicados en el Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, se sugiere al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte realizar un inventario detallado de todos aquellos bienes que haya entregado en arrendamiento y tengan problemas jurídicos frente a la entrega de los mismos a pesar del cumplimiento del plazo acordado, con el fin

93 Artículo 408. Numeral 9)

de que la Oficina Asesora Jurídica del Instituto, estudie la posibilidad de presentar la respectiva acción judicial para la protección del patrimonio público tendiente a obtener la restitución definitiva de los inmuebles que se encuentren en dicha situación.

En los anteriores términos, dejamos sentado nuestra posición sobre el tema y solicitamos que nos mantengan informados de las decisiones y acciones que se ejecuten y si requiere ampliación o complementación a los aspectos objeto de su consulta, la Dirección Jurídica Distrital esta dispuesta a colaborarle.

Cordial saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia informativa: Doctor German Darío Rodriguez
Director Departamento Administrativo del espacio Público
Carrera 30 No. 24-90 piso 15

Doctora Martha Senn
Secretaria Distrital de Cultura, Recreación y Deporte
Carrera 8 No. 9-83

Proyecto: Silvia Aponte P.
Revisó: Manuel Ávila Olarte / Gloria Martínez Rondón

Radicado de salida 2-2007-52403 28/09/07
Bogotá, D.C.

Doctor
HÉCTOR ZAMBRANO RODRÍGUEZ
Secretario de Salud
SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD
Calle 13 No. 32 - 69
Ciudad

Asunto: Solicitud de concepto Caducidad Facultad Sancionatoria. Radicación: 1 – 2007 - 33522

Respetado Dr. Zambrano

Hemos recibido el oficio de la referencia, mediante el cual se solicita a esta Dirección emitir concepto sobre la caducidad de la facultad sancionatoria establecida en el artículo 38 del C.C.A.

La petición formulada por su despacho se fundamenta en que la Dirección de Salud Pública, así como la Dirección de Desarrollo de Servicios de salud, adelantan diversas investigaciones administrativas contra establecimientos y prestadores de servicios de salud que de alguna forma infringen las normas de carácter higiénico sanitario y de calidad, encontrándose que en la actualidad existe un número significativo de expedientes que de conformidad con el término de tres años establecido por el artículo 38 del C.C.A., se encuentran en la etapa de fallo de primera instancia, sin que se haya agotado la vía gubernativa dentro del término establecido por la norma.

Señala en su solicitud que como consecuencia de la anterior situación, al interior de la Secretaría de Salud se han generado diversas interpretaciones en relación con la interrupción del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, tomando en cuenta que la aplicación del artículo 38 del C.C.A., ha generado tres posturas diferentes al interior del Consejo de Estado, lo cual ha servido de fundamento para sustentar la posición asumida por las Direcciones Misionales y la Dirección Jurídica y de Contratación de esa entidad.

De igual forma, señala su solicitud que la discusión se centra en determinar cuál de las posiciones asumidas por la jurisdicción contencioso administrativa, genera un menor riesgo para la administración.

En tal sentido, la situación fáctica planteada en el caso objeto de concepto, consiste en que la Secretaría de Salud se encuentra adelantando el trámite de segunda instancia en las investigaciones administrativas tramitadas en primera instancia por la Dirección de Salud Pública y la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud, como consecuencia de la violación de las normas de carácter

higiénico, sanitario y de calidad por los establecimientos y los prestadores de servicios de salud, siendo preocupante para dicha Secretaría, el hecho de que muchas de esas investigaciones aún no culminan y se encuentran próximas a cumplir el término de caducidad establecido en el artículo 38 del C.C.A. (3 años), sin que sea claro para esa entidad cuál de las posiciones expuestas por la jurisdicción contencioso administrativa debe adoptar, para asumir el menor riesgo posible.

En tal sentido, cómo interrogante del concepto por Usted solicitado se plantea lo siguiente:

Cuál de las posiciones establecidas por la jurisdicción contencioso administrativa en materia de caducidad de la facultad sancionatoria debe ser asumida a fin de generar el menor riesgo para la administración?

Para dar respuesta a su solicitud me permito manifestarle lo siguiente:

1. Existencia del acto administrativo

De conformidad con lo establecido en la Doctrina, y también en la Jurisprudencia[94], la existencia del acto administrativo se presenta cuando la administración expresa su voluntad en una decisión, es decir, el acto administrativo existe desde el mismo momento de su expedición, teniendo como prerrogativa la producción de efectos jurídicos (eficacia).

Aunado a lo anterior, debe señalarse que la existencia del acto administrativo envuelve su vigencia, la cual a la vez está sujeta a la publicación o notificación del acto, dependiendo si el mismo es de carácter general o particular.

2. Eficacia del Acto administrativo

En cuanto a la eficacia, señala la sentencia C – 069 de 2005 lo siguiente:

> *"La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos*

94 Sentencia C 069 de 1995 La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual. (&) El Consejo de Estado ha expresado su criterio en reiteradas oportunidades en cuanto que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación. A juicio de la Corte Constitucional es aceptable el criterio mencionado, según el cual los actos administrativos existen desde el momento en que se profieren, y su validez y eficacia están condicionadas a la publicación o notificación, según se trate de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, o de un acto de carácter particular, personal y concreto .

establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente.

Sobre este particular la Corte Constitucional ha expresado:

La Sala considera que en el presente caso se requería que la peticionaria fuera informada realmente de la existencia de la Resolución 00024, pues el no hacerlo constituye un caso típico de un acto administrativo perfecto pero ineficaz. La doctrina ha dicho:

"Por perfección del acto administrativo entiende la doctrina el cumplimiento de todos los requisitos de procedimiento y forma que la ley le señale para su expedición. Y sólo cuando el acto está perfeccionado se producen entonces sus efectos jurídicos. Sin embargo, la ley suele exigir la publicación o notificación del acto administrativo, para que éste adquiera eficacia, o sea, para que produzca efectos. Por eso la doctrina suele distinguir el acto perfecto del acto eficaz, la perfección de la eficacia. Aquella se refiere al cumplimiento de los trámites exigidos para la formación o la producción del acto; ésta a sus efectos. En tales condiciones, el acto puede ser perfecto, pero no eficaz; y, al contrario, para que el acto sea eficaz, requiere ser perfecto." ("Derecho Administrativo" del doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Ediciones Librería del Profesional.)" (Cursiva y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado en el aparte arriba trascrito, la eficacia del acto administrativo hace referencia a los efectos jurídicos que el mismo produce, aspecto que depende del perfeccionamiento del acto (cumplimiento del todos los requisitos de procedimiento y forma señalados por la ley), siendo la falta de publicidad[95] un claro ejemplo de un acto ineficaz.

3. Ejecutoria del acto administrativo

Sobre la Ejecutoria del Acto administrativo, señala Gustavo Penagos en su libro de Derecho Administrativo:

"El Acto Administrativo, se le considera que es decisión ejecutoria, una vez publicada o notificada. Y la administración puede cumplir por sí y ante sí el acto, sin necesidad de recurrir ante ninguna otra autoridad, salvo que la ley lo disponga".

95 En Colombia, se ha considerado, tanto por la doctrina, como por las normas legales (Decreto Ley 01 de 1984), que el Acto Administrativo existe desde el momento en que se profiere, pero, no produce efectos jurídicos, es decir fuerza vinculante, sino después de su publicación, notificación, o comunicación, según los casos.

La falta de publicación o de notificación de una decisión administrativa, no produce nulidad del acto, por cuanto en realidad no ha entrado legalmente en vigencia. En caso que la autoridad, o autor del acto lo haga cumplir, sin los requisitos de publicidad, antes anotados, incurre en una vía de hecho, en un acto arbitrario, y el afectado, tendría que demandar no el acto que no conoce, sino un hecho administrativo, o bien una vía de hecho que es el error más grave que pueda cometer la administración . Gustavo Penagos. El Acto Administrativo , Cuarta edición, Ediciones librería del profesional; Pág. 795 y 796.

Por su parte, la Corte Constitucional al referirse al tema de la ejecutoria del acto administrativo, señaló en la sentencia T – 142 de 1995 lo siguiente:

> *"La ejecutoria está circunscrita a la facultad que tiene la administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados... La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos" (Subrayado y Negrilla fuera de texto)*

De acuerdo con los apartes doctrinales y jurisprudenciales trascritos, resulta claro que la fuerza ejecutoria del acto administrativo consiste en la potestad que tiene la administración para producir los efectos jurídicos del mismo y supone el cumplimiento de los requisitos de publicación o notificación del acto (según el tipo), su presunción de legalidad, y su firmeza[96].

4. Firmeza del acto administrativo

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la firmeza de los actos administrativos se obtiene cuando el acto administrativo adquiere la característica de decisión ejecutoria, aspecto que se convierte en un requisito indispensable para que la administración pueda ejecutar, incluso en contra del interesado, las actividades necesarias para el cumplimiento del acto administrativo[97].

---

96 Sobre la fuerza ejecutoria de los actos administrativos puede consultarse la Sentencia C 069 de 1995, que en lo pertinente señaló: Fuerza ejecutoria del acto administrativo.

La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita a la facultad que tiene la Administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados.

El artículo 64 del Decreto 01 de 1984 consagra:

"Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados"

En esta forma, el acto administrativo tiene carácter ejecutorio, produce sus efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación, lo cual faculta a la Administración a cumplirlo o a hacerlo cumplir.

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos . /Subrayado y Negrilla fuera de texto)

97 Sobre la firmeza del acto administrativo puede consultarse a Carlos Manuel Rodríguez Santos: Manual de Derecho Administrativo , Ediciones librería del profesional, año 1996.

De acuerdo con el Artículo 62 del C.C.A., los actos administrativos adquieren firmeza cuando:

1) Cuando contra ellos no procede recurso alguno

2) Cuando se hayan decidido los recursos interpuestos

3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.

) Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

5. Posiciones expuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración.

Han sido tres las posiciones que la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha señalado en relación con el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, establecido en el artículo 38 del C.C.A.

Dichas posiciones jurisprudenciales son las siguientes:

a) Expedición del Acto Administrativo Principal durante el término de caducidad del artículo 38 del C.C.A.

De acuerdo con esta tesis, dentro del término de caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, es suficiente para interrumpir dicha caducidad, la expedición del acto administrativo sancionador, sin que se haga necesaria la notificación del mismo, ni agotar la vía gubernativa[98].

Los argumentos jurídicos que avalan esta posición son los siguientes:

- La notificación no es un elemento estructural del acto administrativo sancionador.
- Dentro del término de caducidad debe únicamente expedirse el acto que refleje la voluntad de la administración.
- No se requiere que el acto quede en firme dentro del término señalado en el artículo 38 del C.C.A.
- Los recursos son mecanismos de protección jurídica de los administrados.
- La renuencia a recibir la notificación no puede reportar beneficios a la persona renuente. Basta la citación para interrumpir la caducidad.

En tal sentido, siendo la tesis más laxa en relación con el tema, lo que se señala es la posibilidad de interrumpir el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, por el simple hecho de la existencia o surgimiento del acto administrativo a la vida jurídica, sin que se tomen en cuenta la eficacia, la fuerza ejecutoria y la firmeza del acto administrativo.

98 Esta tesis ha sido expuesta entre otras en las siguientes sentencias: Sentencia Sección Cuarta. Rad. 5158. 94/04/22.(Artículo 38 C.C.A.).Sentencia. Sección 1ª. Rad. 6547.

b) Expedición y notificación del Acto Administrativo Principal dentro del término de caducidad establecido en el artículo 38 del C.C.A. (Tesis Intermedia)

Esta tesis intermedia, sostenida mayoritariamente por la Sección cuarta del Consejo de Estado[99] en materia de infracciones cambiarias, considera válido el ejercicio de la facultad sancionatoria de la administración con la expedición y notificación del acto principal (acto sancionatorio) dentro del término de caducidad previsto en el artículo 38 del C.C.A.

Los principales argumentos que sustentan esta posición son los siguientes:

- La caducidad del artículo 38 C.C.A. se evita con la producción y notificación del acto administrativo.
- No puede aceptarse que la imposición de la sanción se surta con la sola expedición del acto. Para que el acto produzca efectos debe notificarse oportunamente dentro del mismo plazo de tres (3) años señalado en el artículo 38 C.C.A
- Una cosa es la actuación administrativa que culmina con la notificación del acto inicial y otra la vía gubernativa orientada a producir un nuevo pronunciamiento, a través de los recursos consagrados como mecanismo de protección jurídica.
- Siendo la interposición de los recursos una circunstancia que depende enteramente de la voluntad del administrado, quien a su arbitrio, decide si debe acometerla o no, lo que debe exigírsele a la administración es únicamente que resuelva la situación del investigado y notifique su decisión dentro del término de caducidad, sin que se requiera la firmeza y ejecutoria de ese acto. Así lo ha venido interpretando la sección 4ª desde 1994.
- Al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad, es revisar una actuación definitiva en la que pudo haber omisiones o excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo la potestad sancionadora.
- La vía gubernativa, si bien forma parte del procedimiento administrativo, es una etapa posterior a la actuación administrativa y constituye un mecanismo de control de legalidad del acto. Se inicia una vez concluida ésta, con la interposición de los recursos.

En tal sentido, la tesis intermedia, aquí expuesta, contempla la posibilidad de hacer efectiva la interrupción de la caducidad contemplada en el artículo 38 del C.C.A. si la administración expide

99 Entre los pronunciamientos que se han presentado en este sentido pueden consultarse los siguientes: Sentencia Sección 4ª. Rad 5158. 94/04/22. Aclaración de Voto. Dr. Guillermo Chahin Lizcano. (Art. 38 C.C.A.); Sentencia Sección 4ª. Rad. 5460 94/11/18 (Art. 38 C.C.A); Sentencia Sección 4ª. Rad. 7074 95/08/11. Superintendencia Bancaria. (Art.38 C.C.A.); Sentencia Sección 4ª. Rad. 7201. 95/09/25. (Art. 38 C.C.A.); Sentencia 9204 Sección 4ª. 99/05/07. Acto sancionatorio cambiario.; Sentencia Sección Cuarta. Rad. 5976 (10056). 00/09/00 ; Sentencia Sección 4ª. Rad. 11869 01/06/22. (Superintendencia de Valores. Art. 38 C.C.A); Sentencia. Sección 4ª. Rad.13353 03/09/18 (Superintendencia Bancaria); Sentencia Sección 4ª.. Rad. 14062. 04/12/09

y notifica al interesado el acto sancionatorio principal, es decir toma en cuenta la existencia, la eficacia y casi totalmente la ejecutoria del acto administrativo[100]. Se excluye la firmeza del acto.

c) Expedición, notificación y agotamiento de la vía gubernativa del Acto Administrativo Principal dentro del término de caducidad establecido en el artículo 38 del C.C.A. (Tesis Restrictiva).

Esta posición, sostenida por la sección primera del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca[101], señala que dentro del término de caducidad del artículo 38 del C.C.A., la administración debe expedir, notificar y agotar la vía gubernativa en relación con el acto sancionador, toda vez que solamente el acto en firme permite su ejecución, porque los recursos de acuerdo con el artículo 55 del C.C.A. se conceden en el efecto suspensivo.

En tal sentido, si uno de estos tres requisitos se produce después del término de tres años establecido en el Código Contencioso Administrativo, se habrá producido la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración y por ende la pérdida de competencia de la misma para sancionar.

Dicha tesis se ha basado en las siguientes consideraciones jurídicas:

- La obligación del ente sancionador consiste en producir el acto administrativo ejecutoriado dentro del lapso establecido por la ley para ejercer la actividad sancionatoria.
- Mientras la sanción no se halle en firme lo que existe es el trámite del proceso sancionatorio.
- Debe producirse el trámite completo para la ejecutoria de la decisión que comprende la notificación del acto que pone fin a la actuación administrativa y las decisiones ulteriores para que el acto quede en firme.

6) Respuesta al Interrogante planteado.

Una vez expuestos algunos de los elementos propios de la teoría del acto administrativo, así como las tesis que sobre el tema han sido expedidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Consejo de Estado – Tribunal Administrativo), corresponde dar respuesta al interrogante formulado por la Secretaría Distrital de Salud a cerca de cual debe ser la posición que con menor riesgo debe asumir la Administración a efectos de contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria señalada en el artículo 38 del C.C.A.

100 La tesis intermedia al hacer referencia a la necesidad de expedir y notificar el acto principal dentro del término de caducidad del artículo 38 del C.C.A., excluye lo atinente a la firmeza del acto administrativo, lo que significa que no desarrolla completamente lo relacionado con la ejecutoria del mismo, pues debe recordarse que la fuerza ejecutoria depende de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza.

101 Dentro de las sentencias expedidas en este sentido se encuentran las siguientes: Sentencia. Sección 1ª. Exp. 6792, 1/11/01; Sentencia Sección 1ª. Expediente 6701 del 01/10/01; Sentencia Sección 2ª. Rad. 17112. 23/05/02- (Tema disciplinario); Sentencia Sección 2ª., Subsección B. 25 de julio de 1996 (Tema disciplinario). Concepto No. 1632 de 2005 (tema Cobro Coactivo). Sentencia. Sección 1ª. Exp 4958 del 20/08/98 (tema: infracciones cambiarias); Sentencia. Sección 1ª. Exp 6035 del 13/04/00 (tema: Infracciones cambiarias.

Considera esta entidad que la posición que desde el punto de vista del análisis judicial genera menor riesgo al momento de contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria consagrada en el artículo 38 del C.C.A., es la expuesta mayoritariamente por la sección primera del Consejo de Estado y recientemente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[102], es decir, aquella que señala que dentro del término de tres años señalado en la norma en comento debe la administración expedir el acto principal, notificarlo y agotar la vía gubernativa.

Las razones para asumir esta posición, son varias. Precisamente como lo señala en su petición de concepto la Secretaría de Salud, la discusión se centra en saber cuál de las posiciones genera desde el punto de vista judicial un menor riesgo para la administración, siendo en este caso la posición jurisprudencial más restrictiva la que disminuye al mínimo el riesgo de que en estrados judiciales pueda ser discutido o anulado el acto administrativo sancionatorio por falta de competencia de la administración para expedirlo (caducidad).

En tal sentido, y a la luz de la posición jurisprudencial recientemente sostenida por el juez competente para analizar las decisiones sanionatorias de la Secretaría Distrital de Salud, resulta ser más ventajoso para la administración asumir la posición según la cual, se cuenta con un término de tres años contados a partir de la ocurrencia del hecho que da origen a la sanción en razón a que dicha tesis, además de contener a las otras dos (posición laxa e intermedia), contempla aspectos de la esencia del acto administrativo como son su existencia, eficacia, ejecutoria y firmeza, los cuales fueron explicados en la parte inicial de este documento.

Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que dentro de toda actuación administrativa tendiente a imponer una sanción, además de tomarse en cuenta los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política)[103], debe prestarse especial atención al desarrollo del principio de seguridad y certeza en las actuaciones de las autoridades, lo que implica que la administración dentro del término de caducidad establecido en el artículo 38 del C.C.A., debe adelantar todos los trámites tendientes a obtener un acto administrativo ejecutoriado, en razón a que sólo el acto en firme permite su ejecución (artículo 64 del C.C.A.), pues debe recordarse que los recursos en la vía gubernativa de conformidad con el artículo 55 del C.C.A., se conceden en el efecto suspensivo.

102 La sentencia más reciente que se ha expedido adoptando la tesis restrictiva es la expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, M.P. Fredy Ibarra Martínez, Expediente 25000 2324 0002 00 40000 77 del 7 de junio de 2007. En dicho pronunciamiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de las resoluciones sancionatorias expedidas por la Secretaría Distrital de Salud en contra del Hospital del Tunal, en razón a que se contrarió la disposición contenida en el artículo 38 del C.C.A., toda vez que para el momento en que la entidad distrital resolvió el recurso de reposición, la facultad sancionatoria ya había caducado. Como consecuencia de lo anterior, y en orden a restablecer el derecho, ordenó a la Secretaría Distrital de Salud devolver al Hospital el Tunal, el monto del valor cancelado por concepto de la multa impuesta en los actos demandados y que fueron objeto de anulación.

103 Los principios de la función administrativa son: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En tal sentido, es la firmeza del acto administrativo la que define la situación jurídica del interesado frente a la sanción impuesta, y por esta razón, mientras el acto no adquiera firmeza, no puede hablarse de la existencia de un antecedente sancionatorio[104].

Ahora bien, debe resaltarse que la adopción de la posición restrictiva a la que se ha hecho referencia, resulta ser la menos riesgosa desde el punto de vista judicial, y por lo tanto, deberá considerarse como una tesis a implementar en el futuro inmediato. En el caso de las situaciones consolidadas (procesos en trámite donde se supera el término de tres años) será responsabilidad de la entidad aplicar dicha tesis, de tal suerte que si se declara la caducidad (en sede administrativa) y con ello se deja de recuperar los dineros producto de la actuación sancionatoria (multas), será deber de la entidad promover las acciones a que haya lugar a fin de recaudar aquello que haya dejado de percibirse.

Finalmente, resta señalar que de acuerdo con los argumentos expuestos desde el punto de vista jurisprudencial como doctrinal, no es procedente para interrumpir la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, separar el acto principal (acto administrativo sancionatorio), del que desata los recursos en la vía gubernativa, toda vez que la sola expedición y notificación de dicho acto no pueden otorgarle su firmeza, o el carácter de inoponible, característica que solo se adquiere en los eventos contemplados en el artículo 62 del C.C.A. y que permiten como ya se dijo, que dicho acto pueda ejecutarse, incluso en contra de la voluntad de los interesados.

Conclusión:

Lo primero que debe advertirse es que las tres interpretaciones del artículo 38 del C.C.A., se explican por la redacción confusa de dicha norma.

---

104 A propósito de esta afirmación, y reforzando la jurisprudencia que ha sostenido que la interpretación aplicable al Artículo 38 del C.C.A., es la del acto administrativo ejecutoriado, el Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto No. 16 32 del 25 de mayo de 2005, M.P.: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO, señaló lo siguiente: En materia de caducidad de la sanción administrativa, el artículo 38 del C.C.A., al prever como norma general un término de tres años para imponer la sanción, el que se cuenta a partir de la ocurrencia del hecho que dio lugar a la investigación; se está refiriendo a la decisión ejecutoriada mediante la cual la administración ejerció la facultad sancionadora, pues, únicamente el acto en firme permite su ejecución, ya que los recursos, conforme al artículo 55 ibídem, se conceden en el efecto suspensivo.

En definitiva, una vez el acto administrativo adquiere firmeza, es suficiente por sí mismo para que la administración pueda ejecutarlo, (art. 64 C.C.A.) y sólo entonces puede afirmarse que el administrado ha sido "sancionado", con las consecuencias que de ello se deriven.

La anterior interpretación guarda armonía con la previsión del artículo 248 superior, en el sentido de que únicamente la sanción en firme constituye antecedente en todos los órdenes legales. Dice la norma:

"Artículo 248. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales".

Sobre la aplicabilidad del precepto constitucional a los procesos administrativos sancionatorios, vale citar lo expuesto en la sentencia proferida dentro del proceso 4958:

"Conviene tener en cuenta, además, que es regla común del derecho sancionatorio que a nadie se le puede considerar sancionado o penalizado mientras la providencia respectiva no esté en firme, *principio que aparece implícito en el artículo 248 de la Carta, en tanto prescribe que únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales"*. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

La tesis que desde el punto de vista del análisis estrictamente judicial genera menor riesgo para la administración a fin de contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, es la que señala que dentro de los tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho que origina la actuación, la administración debe iniciar la investigación administrativa, proferir la decisión de fondo, notificar dicha decisión, resolver los recursos de la vía gubernativa (si son interpuestos) y notificar la decisión de los mismos, es decir realizar los actos necesarios para que dentro del término de caducidad establecido en el artículo 38 del C.C.A. se obtenga un acto administrativo ejecutoriado.

Dicha tesis resulta ser la menos riesgosa para la administración en razón a que contiene las demás posiciones expuestas por la jurisdicción contencioso administrativa, toma en cuenta los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, desarrolla el principio de certeza de las actuaciones administrativas en materia sancionatoria (artículo 248 de la C.P.) y contempla aspectos de la esencia del acto administrativo como son su existencia, eficacia, ejecutoria y firmeza.

Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que los fallos judiciales que siguen esta tercera tesis han sido proferidos precisamente en relación con decisiones sancionatorias que ha tomado la Secretaría de Salud.

Así las cosas, su Despacho debe generar y difundir de manera inmediata una estrategia que permita que en los expedientes que están actualmente en trámite, se realicen en el término de tres años las actividades administrativas que se han mencionado.

En los anteriores términos se absuelve la consulta planteada, quedando atentos a cualquier solicitud adicional sobre el particular.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos.

C.C.: Dra. Deidemia García Quintero – Subsecretaria de Asuntos Locales – Secretaría de gobierno.
Dra. Olga Beatriz Gutiérrez Tobar – Directora Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal.
Dr. Francisco Cajiao Restrepo – Secretario de Educación Distrital.
Dr. José Joaquín Tapias Patrón – Director Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte.
Dra. Martha Liliana Perdomo – Secretaria Distrital de Ambiente.
Dra. Edna Cristina Bonilla Sebá – Secretaria Distrital del Hábitat.
Dra. Etelvina Ruiz García - Subdirectora de Personas Jurídicas – Secretaría General.

Proyectó: Rosmira Gómez
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-56264 24-10-07

Doctor
CARLOS ANDRÉS TARQUINO BUITRAGO
Subdirector de Registro Inmobiliario
Departamento Administrativo de la
Defensoría del Espacio Público
Carrera 30 No. 24-90 Piso 15
Ciudad

ASUNTO: CONCEPTO SOBRE COMPETENCIAS Y REGISTROS CONTABLES EN ADQUISICIÓN DE INMUEBLES POR PROCESOS DE EXPROPIACIÓN. RAD. 1-2007-38494.

Respetado doctor Carlos Andrés:

En atención a su comunicación fechada 1 de agosto de 2007, radicada en esta entidad según se cita en el asunto, mediante la cual plantea su posición respecto de las disposiciones que rigen la competencia en materia de adquisición y saneamiento de inmuebles y efectúa su consulta respecto de si el registro contable de dichas operaciones la debe hacer cada entidad, o lo debe hacer el DADEP de conformidad con el Instructivo del 29 de noviembre de 2002 de la Contaduría Distrital, se manifiesta:

En primer lugar, este Despacho comparte sus precisiones en cuanto a que el Director del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público mantiene la representación del Distrito Capital en materia inmobiliaria, correspondiéndole entonces adelantar y suscribir los actos accesorios (englobes, actualización de área, linderos y nomenclatura), que se deriven del acto principal (compraventa o expropiación), así como suscribir las escrituras públicas de compraventa que no estén contempladas en los motivos de utilidad pública, las donaciones a favor del Distrito Capital y los demás actos que se relacionen con la disposición de la propiedad inmobiliaria distrital.

Así mismo, se comparte su apreciación respecto de la responsabilidad o la atribución de adquirir los bienes inmuebles al afirmar que recae en la entidad que determina la utilidad pública o los motivos de interés social para efectos de declarar la expropiación, correspondiéndole a este Departamento incorporar el predio en el Registro Único del Patrimonio Inmobiliario Distrital y en el Catálogo de la Actividad Inmobiliaria Distrital (CAPID) y velar porque la información jurídica del inmueble esté siempre actualizada tanto en el folio como en el boletín catastral.

No obstante, este Despacho se aparta de la interpretación que hace el DADEP del Decreto 061 de 2005, al afirmar que cada entidad adquirente de un inmueble es responsable de su saneamiento,

toda vez que ese Departamento desconoció los antecedentes del negocio y, que, por ende no tendría porqué entrar a sanear el inmueble.

En ese sentido, se desestima que por virtud del Decreto Distrital 061 de 2005, se produjo una delegación tácita en los Secretarios de Despacho, Directores de Departamento Administrativo y Gerentes de la representación judicial y extrajudicial para promover las acciones administrativas, judiciales y extrajudiciales que fueren necesarias para la defensa y saneamiento de los bienes inmuebles que conforman el patrimonio Distrital en aquellos inmuebles que se adquieran en aplicación del mismo y, que, por consiguiente, el DADEP quedó excluido de cumplir con la atribución que le fue otorgada, primero por el artículo 20 del Decreto Distrital 854 de 2001 y, luego, por el Decreto Distrital 203 de 2005.

Lo anterior por cuanto, en el derecho administrativo colombiano no existen delegaciones tácitas o implícitas, pues, precisamente el artículo 9° de la Ley 489 de 1998 señala que las autoridades administrativas podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias, y a su turno, el artículo 10° de la misma norma señala que el acto de delegación siempre será por escrito.

Por lo expuesto, no es procedente inferir una delegación tácita, en este caso, que se haya delegado en los Secretarios y en los Departamentos Administrativos la función de ejercer la defensa judicial y extrajudicial tendiente a la defensa y saneamiento de los inmuebles que conforman el patrimonio inmobiliario distrital, cuando se adquiera un bien en el marco del Decreto 061 de 2005, menos aún cuando existe norma expresa que determina el competente al efecto, esto es, el artículo 7° del Decreto 203 de 2005, al señalar:

> *"ARTÍCULO 7°. Delegación en el Director del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público. Delégase en el Director del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público la representación legal en lo judicial y extrajudicial de Bogotá, Distrito Capital, para promover y atender las acciones administrativas, judiciales y extrajudiciales que fueren necesarias para la defensa y saneamiento de los bienes inmuebles que conforman el patrimonio inmobiliario Distrital, incluídos los procesos necesarios para la defensa, custodia, preservación y recuperación de los bienes del espacio público del Distrito Capital, iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Distrital 854 de 2001".*

Ahora bien, téngase en cuenta que la delegación en los Secretarios de Despacho y Departamentos Administrativos efectuada mediante el Decreto Distrital 061 de 2005 consiste en determinar los motivos de utilidad pública e interés social para efectos de declarar la expropiación del derecho de dominio y demás derechos reales, de acuerdo con los fines previstos en la Ley, según lo dispuesto en las normas vigentes.

A su vez, en esos órganos se delegan las funciones relacionadas con los procesos tendientes a la adquisición de bienes inmuebles que se requieran en cada entidad para el cumplimiento de sus fines,

previstos en la Ley 9 de 1989, 388 de 1997 y demás normas concordantes y complementarias. En particular corresponderá a cada Secretario de Despacho, Director de Departamento Administrativo o Gerente de Unidad Ejecutiva, realizar la oferta de compra de bienes inmuebles, dictar los actos administrativos de expropiación conforme a la ley, adelantar los procesos de expropiación judicial y demás acciones que para tal efecto se requieran.

Es de mencionar que el Decreto Distrital 061 de 2005 aplica para los organismos que conforman el sector central del Distrito Capital; como quiera que la Unidad Ejecutiva de los Servicios Públicos se convirtió en Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, pasó a formar parte del sector descentralizado, según lo dispuso el artículo 113 del Acuerdo 257 de 2006 y, por tanto, no le es aplicable el mencionado decreto.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, no existe ninguna modificación derivada del Decreto Distrital 061 de 2005, razón por la cual debe seguirse aplicando la normatividad vigente en la materia.

No obstante, se enviará copia del presente escrito a la Dirección Distrital de Contabilidad de la Secretaría de Hacienda, a fin de que esa dependencia haga las aclaraciones que sean del caso respecto de su inquietud, que se cita a continuación:

> *"Cada entidad adquirente registra en sus estados contables el inmueble" (...) "o si se hace como lo han venido reportando algunas entidades, que junto con la remisión de la copia de la escritura pública de adquisición se anexa el formato de novedades, de acuerdo al instructivo expedido por la Contaduría Distrital".*

Para finalizar, cabe mencionar que se contactó vía telefónica a la Subdirección de Registro Inmobiliario del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, para obtener información sobre las entidades que usan la práctica de registrar directamente en sus estados contables los bienes inmuebles adquiridos, incumpliendo con ello el instructivo expedido por la Contaduría Distrital. Ante lo cual no fue suministrada información específica para aclarar el punto.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia de trámite: Dr. Jorge Castañeda Monroy (anexo dos folios)
Director Distrital de Contabilidad
Secretaría de Hacienda Distrital
Carrera 30 No. 24 -90 de Bogotá

Proyectó: Sandra Mejía García
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-10278 02/03/07
Bogotá, D.C.

Doctora
MARLENY BARRERA LÓPEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica
El Tunal - Empresa Social del Estado
Ciudad

Asunto: Concepto – Directiva 006 de 2006 del Alcalde Mayor de Bogotá sobre procedencia de acciones de repetición. Radicación: 1-2006-57610; 3-2006-38753

Respetada Doctora Marleny:

He recibido su comunicación del Asunto por medio de la cual señala que no está de acuerdo con un aparte de la Directiva 006 de 2006, proferida por el Alcalde Mayor de la Ciudad, por medio de la cual se dan instrucciones y recomendaciones acerca de la procedencia de la acción de repetición en el Distrito Capital.

Pregunta específicamente cuál es el fundamento legal, jurisprudencial o doctrinal para no ejercer la acción de repetición contra el abogado que ostentare calidad de servidor público o no, quien incurriere en negligencia u omisión de sus deberes profesionales, la cual produjo una condena al estado desfavorable, que de haber obrado diligentemente no se hubiese presentado e igualmente el fundamento para que en el anterior evento sólo se instauren acciones disciplinarias o fiscales contra estos abogados.

En efecto su consulta se dirige al siguiente aparte de la Directiva 006 de 2006:

"De otra parte, a los Comités de Conciliación les corresponde verificar que la defensa del Distrito se haya atendido en forma diligente, es decir, que la condena no obedezca a caducidad de la acción o prescripción de los derechos demandados, errores en el aporte de pruebas o cualquier tipo de negligencia en la defensa que de lo contrario hubiera conducido al Juez a tomar decisiones favorables al Distrito Capital. Sin embargo, en la eventualidad anotada, proceden acciones de tipo disciplinario y fiscal respecto al apoderado y no una acción de repetición contra el apoderado"

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

1. Fundamentos Constitucionales y legales de la acción de repetición:

El artículo 90 de la Constitución Política indica que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Y en el inciso segundo señala que "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

A su vez la Ley 610 de 2000 *"Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"* señala en su artículo 3°, que para los efectos de esa ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Igualmente el artículo 4 de la misma disposición legal indica que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Y por último el artículo 6, determina que para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

Por otra parte, la Ley 678 de 2001 reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, y señaló en su artículo 2º que, la acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial

En la misma materia, el Alcalde Mayor de Bogotá, expidió la Directiva 006 de 2006, por medio de la cual se dictaron parámetros para la procedencia de la acción de repetición y fortalecimiento de la defensa judicial en los procesos por acciones de repetición que adelanta el Distrito Capital, señalando directrices para los Comités de Conciliación y para los apoderados del Distrito.

Precisamente es este acto administrativo el impugnado por Usted, como quiera que según su escrito en el evento de existir detrimento patrimonial causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente del Estado, esto es, del apoderado judicial del proceso en el que es condenado el Estado, es obligación de éste ejercer la acción de repetición para recuperar lo indemnizado por el daño. Se pasa entonces a analizar el contenido del aparte impugnado de la Directiva en contraposición a su argumentación.

2. Análisis de la consulta.

La Directiva 006 de 2006, señala que en los casos en que exista por parte de un apoderado encargado de adelantar la defensa judicial de los intereses del distrito, negligencia en la referida defensa, y que de haber actuado de otra forma hubiera podido conducir al Juez a tomar decisiones favorables al Distrito Capital, proceden acciones de tipo disciplinario y fiscal respecto al apoderado y no una acción de repetición.

Conforme al artículo 90 de la Constitución, cuando el Estado sea condenado a reparar un daño antijurídico causado por alguno de sus agentes deberá reparar patrimonialmente el mismo y además, repetir contra el agente que ocasionó la condena cuando haya procedido con culpa grave o dolo.

En efecto, el artículo 90 de la Constitución, buscó hacer responsable al Estado por los daños causados a las personas a través de sus agentes, cuando éstos no estén en el deber de soportarlos.

Y posteriormente, determinó que en el evento en que el daño, y por tanto la indemnización, hayan sido producto de la conducta dolosa o gravemente culposa de su agente, éste deba responder, esto es retribuir al Estado, lo que éste haya pagado como producto de su actuar; esto es la acción de repetición.

Precisamente, la acción de repetición entonces busca, que una vez el Estado haya pagado a un tercero por el daño causado por la conducta de su agente, éste a su vez, le devuelva al Estado lo cancelado.

Por lo tanto, se hace necesario diferenciar entre la indemnización que el Estado cancela por un daño a un tercero, es decir, al beneficiario de la condena, de aquello que el Estado debe cancelar por un daño causado a sí mismo, dada la mala ejecución de las funciones u obligaciones de uno de sus agentes, esto es por el ejercicio de la defensa judicial en el respectivo proceso.

Así, si un apoderado en un proceso, dada su negligente actuación, ocasiona que éste se pierda y se genere un detrimento patrimonial, se debe evaluar la conducta mediante acciones disciplinarias y fiscales, al tenor de la Directiva 006 de 2006.

Lo anterior, no implica que en el evento de existir daños patrimoniales contra los intereses del Estado, éste no deba realizar las gestiones administrativas y fiscales necesarias para tratar de recuperarlos, sino que la forma de hacerlo no es acudiendo a la acción de repetición, sino al proceso de responsabilidad fiscal.

Es decir, estamos de acuerdo con Usted en que es deber del Estado velar por la protección de sus bienes y como tal debe realizar todas las acciones pertinentes para defender sus intereses patrimoniales, pero ello no implica que el medio idóneo para defenderlos, por cualquier detrimento sea la acción de repetición.

Lo anterior por cuanto, el daño antijurídico por el que debe responder el Estado y posteriormente repetir, es aquel que es causado por uno de sus agentes a un tercero, y en el caso de la defensa judicial, el daño que causa el apoderado cuya actuación es negligente, no es a una persona ajena a la Entidad, por el cual ella deba responder patrimonialmente, sino que es un daño que se causa directamente a la Entidad para la cual él está desarrollando la defensa.

Es decir, el error en la defensa es un problema entre el mandante y el mandatario, por haber desarrollado mal el contrato de mandato que siempre existe en los casos de defensa judicial. Por lo cual, como se ha advertido, en ese evento, si el apoderado es negligente en el desarrollo de sus funciones, debe la Entidad contratante resolver el problema que ocasionó el daño mediante procedimientos disciplinarios y fiscales.

Este es el mismo caso que se presenta cuando un servidor público de una Entidad, a quien se le entrega la custodia de un bien mueble o inmueble, dada su negligencia, ocasiona un daño al mismo, en ese evento la Administración no recurre a la acción de repetición, aún cuando su patrimonio se vio afectado, sino que acude a las acciones fiscales pertinentes, para lograr la reparación del daño causado por el servidor, es decir para defender el patrimonio de la Entidad.

En el caso planteado en la Directiva, la reparación que debe realizar la Entidad pública, no es causada en sí por la mala defensa, sino por la actuación inicial que dio lugar a la indemnización del daño, dentro de un proceso judicial determinado.

En este sentido la Corte Constitucional[105] ha señalado que "Mientras la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra sustento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar "la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho""

"...La acción de repetición es una acción de naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, con un alcance netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar, y, del otro, que esa condena haya tenido como causa -necesaria- la conducta dolosa o gravemente culposa del agente". (subraya fuera de texto)

Así el daño se ocasiona sobre un tercero, ó en palabras de la Corte Constitucional de una víctima que no tenía el deber de soportarlo, es decir, no es el daño que se ocasiona directamente al Estado.

La misma sentencia referida indica que, "igual a lo que acontece con la acción de repetición, la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos..."

Y además que, "esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo". (subraya fuera de texto)

En la hipótesis por Usted revisada, no es un particular el que soporta el daño causado por un agente del Estado, sino que es el Estado mismo, por la actuación de uno de sus agentes, el que sufre un detrimento patrimonial.

Por lo anterior, al no tener que indemnizar un daño causado a un tercero, sino soportar un daño ocasionado directamente a él, no puede el Estado, acudir a una acción judicial que claramente está dirigida a recuperar la indemnización que el mismo tuvo que asumir frente a otra persona por un daño ocasionado por su agente.

Según la misma Corte Constitucional para que proceda la acción de repetición se hace necesaria la confluencia de tres requisitos a saber:

"(i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;

105 Sentencia C-619 de 2002 M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño y Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., 8 de agosto de 2002.

(ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y

(iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena".

Así y reiterando lo ya señalado, no puede perderse de vista que, la condena a que es en ese evento condenado el Estado, y que es el objeto central de la Directiva 06 de 2006, no es en sí misma producida por la mala defensa judicial, sino que tiene su base en un acto o un hecho anterior, el cual está siendo precisamente defendido por el apoderado.

Si bien la negligencia del apoderado ocasiona un resultado adverso a la Administración, no fue un hecho o acto de él, el que ocasionó el proceso que se defiende.

Su conducta pudo contener por ejemplo un error probatorio por el cual se ocasionó la pérdida del proceso, no obstante se repite, este es un aspecto que tiene que ser revisado a la luz del contrato de mandato y no bajo la acción de repetición, dado que es un daño causado al Estado directamente y no una indemnización pagada por éste a un particular por el hecho de uno de sus agentes.

3. Conclusión

La pretensión de la Directiva 006 de 2006 del Alcalde Mayor de la Ciudad, no es impedir que el Estado recupere los daños patrimoniales que haya podido sufrir por el ejercicio de una mala defensa judicial, que ocasionó uno de sus apoderados, sino que los recupere por la vía correcta, la cual es como se ha explicado el respectivo proceso fiscal o disciplinario que deba adelantarse y no mediante una acción de repetición, la cual se ejerce cuando el Estado debe reconocer una indemnización a un tercero por la conducta de uno de sus agentes.

Estas mismas reglas que se han presentado aplican tanto si el apoderado es servidor público nombrado en la planta de cargos de la Entidad distrital como si es un contratista.

Para finalizar debe precisarse que aunque no es objeto de su petición, de conformidad con lo expuesto, no es procedente la modificación de la Directiva 06 de 2006.

Cordial saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia de Información: Dr. HÉCTOR DÍAZ MORENO – Subdirector de Gestión Judicial – Secretaría General.
Dr. FRANCISCO JAVIER CÓRDOBA ACOSTA – Jefe Oficina Jurídica – Contraloría de Bogotá

Proyectó: Ximena Aguilón Mayorga
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero
130

CONTRATACIÓN ESTATAL

Radicado de salida 2-2007-52635 01/10/07

Bogotá D.C.,

Doctora

DUNIA SOAD DE LA VEGA JALILE

Alcaldesa Local de Fontibón

Ciudad

Asunto: Concepto – Entrega de Bienes a comedores comunitarios de la Localidad de Fontibón. Radicación Nº. 1-2007-34591

Respetada doctora Dunia Soad:

He recibido su comunicación del asunto por medio de la cual requiere que se emita concepto acerca del procedimiento para implementar la entrega de bienes muebles y enseres que formaron parte del Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 051-2005 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y el Instituto Distrital para la protección de la Niñez y la Juventud (IDIPRON).

De conformidad con la conversación sostenida con el Señor José Martín Rivera Aldana, servidor público del Almacén de la Alcaldía Local de Fontibón, la solicitud se presenta teniendo en cuenta que los muebles referidos están relacionados con elementos propios de la dotación de un comedor comunitario de los cuales la mayoría se encuentran en buen estado.

Adicionalmente manifiesta que en la actualidad se implementa por esta Administración Distrital el Programa Bogotá Sin Hambre, y se desea tener certeza sobre el mecanismo para entregar los bienes a un comedor que haga parte del programa, el cual puede estar administrado por entidades sin ánimo de lucro. Se sustenta la necesidad de hacer entrega a estos bienes para fortalecer el programa y no optar por el procedimiento ordinario de remate de bienes.

De igual forma, mediante conversación sostenida con la Dra. Ingrid Alfonso, Interventora del Contrato de Cofinanciación No. 051-2005, se extiende la pregunta en el sentido de determinar si es procedente que los bienes sean entregados al Instituto Distrital para la protección de la Niñez y la Juventud (IDIPRON), en el evento de realizar un nuevo convenio para la prestación del servicio.

Al respecto nos permitimos emitir el siguiente concepto:

1. Problema Jurídico.

Se pregunta sobre el mecanismo a seguir para entregar bienes muebles pertenecientes al Fondo de Desarrollo Local a entidades sin ánimo de lucro o a entidades públicas para el desarrollo y fortalecimiento del programa Bogotá Sin Hambre.

2. Marco Normativo

El artículo 355 de la Constitución Política de 1991 señala que ninguna de las ramas u órganos del poder público podrán decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. De igual forma estableció que el gobierno en todos los niveles podrá con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.

- *Contratos de Apoyo y Asociación*

EL gobierno nacional de conformidad con la autorización dada por el artículo 355 de la Constitución Política, expidió los Decretos 777 y 1403 de 1992, mediante los cuales señaló el procedimiento y requisitos para la suscripción de contratos de apoyo y asociación, estableciendo que para los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o una sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, se requiere obtener la autorización expresa del representante legal de la Nación o de la entidad territorial correspondiente, según sea del caso, o de las autoridades que actúen como delegatarias de funciones del mismo en materia contractual.

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 establece que las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas particulares, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquella la ley.

Mediante Decreto Distrital No. 375 de 2007, se determina que los Alcaldes Locales, directores o gerentes del sector descentralizado, actuando como ordenadores del gasto de los Fondos de Desarrollo Local, de acuerdo a la asignación establecida en el Decreto 612 de 2006, aclarado mediante Decreto 196 de 2007, tienen la competencia para celebrar con cargo a los Fondos de Desarrollo Local contratos o convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Nacional, sin que requieran obtener autorización previa, pero cumpliendo con los requisitos establecidos mediante Circular 017 de 2007 de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

- *Contrato de Comodato*

De acuerdo con el artículo 2200 del Código Civil, el Comodato o Préstamo de Uso, es el contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la entrega del bien o los bienes objeto del comodato.

Para el caso de los bienes de propiedad de las entidades públicas, éstos son susceptibles de ser entregados bajo esta modalidad, con la limitación de que en tratándose de bienes inmuebles, el contrato no puede exceder de cinco años, renovables, siempre que se de cumplimiento con las condiciones señaladas en el inciso 1 del artículo 38 de la Ley 9 de 1989.

Mediante Resolución 001 de 2001[106] del Contador General de Bogotá D.C., dentro del numeral 4.6 se señala el mecanismo para la salida o traslado de bienes entregados a través de contratos de comodato indicando:

" Los elementos objeto de esta clase de contratos son bienes raíces o muebles que luego de ser usados deben restituirse, es decir, son especies que acorde con lo establecido por la normativa contable, corresponden a los bienes devolutivos. La esencia de esta clase de contratos, es que los bienes objeto del préstamo puedan devolverse, por lo cual su naturaleza no puede corresponder a bienes fungibles.

En esta modalidad de traslado se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Que el comodato conste en un contrato ajustado a la Ley, firmado por los funcionarios facultados de la entidad que entrega los bienes y de la que los recibe, especificando la descripción del bien o elementos, cantidad, estado, características físicas y/o técnicas, duración del comodato, uso que se debe dar el mismo y demás variables que sean necesarias.
2. La entrega quedará perfeccionada con la elaboración del comprobante de salida al que se le anexará la póliza de manejo, el comprobante debe ajustarse en todo al contrato suscrito entre las partes y tramitarse según los procedimientos descritos en este manual para el traslado de bienes de bodega al servicio"

- *Convenio o contrato interadministrativo*

El literal c del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, señala que las entidades podrán celebrar contratos o convenios ínter administrativos de manera directa.

La Ley 489 de 1998 en el artículo 95 inciso primero señala que las entidades públicas se encuentran facultadas para asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o

106 Por la cual se expide el Manual de Procedimientos Administrativos y Contables para el Manejo y Control de los Bienes en los Entes Públicos del Distrito Capital.

de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos.

La Resolución 01 de 2001 del Contador Distrital, señala de igual forma los parámetros para la salida de los bienes entregados mediante convenios interadministrativos, indicando el procedimiento mediante el cual se debe hacer la entrega del bien.

Para el procedimiento de entrega y posterior ingreso de los bienes en la modalidad de traspaso o traslado la Resolución 01 de 2001, señala lo siguiente:

"3.2.16. INGRESO POR OPERACIONES INTERINSTITUCIONALES- TRASLADO O TRASPASO.

Representa los bienes transferidos, inservibles, servibles no utilizables o aquellos que por disposiciones especiales se requieren o se deben trasladar o traspasar entre entes públicos del nivel distrital, sin ninguna contraprestación y en cumplimiento de disposiciones legales.

La característica de este tipo de operaciones es la transferencia del dominio y de la propiedad de los bienes que realicen las entidades distritales.

(...)

TRASPASO DE INVENTARIOS: Jurídicamente se define como la entrega de los bienes entre entidades del sector central y descentralizado o entre las entidades descentralizadas entre si, del nivel distrital, por tratarse de dos personas jurídicas diferentes. Este hecho económico se efectuará a través de un Convenio Interadministrativo suscrito por los correspondientes representantes legales de las entidades, y se formalizará con la respectiva acta de entrega.

Para la legalización del ingreso al Almacén de la entidad se deben surtir los pasos del procedimiento de ingreso o alta de Almacén establecido en el presente manual.

El documento que oficializará la transacción será el acta de recibo y entrega firmada por las partes en señal de conformidad y debe señalar el origen o causa del traslado o traspaso, relacionar y detallar las características de los bienes, la conformación de su valor en libros o el obtenido en caso de hacerse necesario mediante avaluó técnico; valor por el cual la entidad receptora ingresará los bienes a su patrimonio. El registro contable se debe realizar como una operación interinstitucional".

3. Análisis del caso concreto

De conformidad con las normas anteriormente mencionadas y teniendo en cuenta las preguntas formuladas, esta Dirección realiza las siguientes consideraciones:

En primer lugar es claro que existe una prohibición constitucional para que las entidades públicas o pertenecientes a algunas de las ramas, realicen donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Sin embargo se previó la posibilidad de celebrar contratos con entidades

privados sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo.

De acuerdo con el Acuerdo 119 de 2004 - Plan de Desarrollo "Bogotá sin indiferencia: Un compromiso social contra la pobreza y la exclusión", dentro de los programas del Eje Social se encuentra el Programa Bogotá Sin Hambre, el cual se enmarca dentro de la estrategia de seguridad alimentaria y nutricional desarrollada por esta administración. Dentro de este programa se encuentra los comedores comunitarios que tienen como objetivo que la población más pobre y vulnerable acceda a los alimentos y nutrientes con equidad entre géneros, generaciones y etnias; particularmente la atención se focaliza en niños, niñas, adultos y adultas mayores, y la población con discapacidad.

En el mismo sentido El Acuerdo Local 04 de 2004 que adopta el Plan de Desarrollo Local 2005-2008 "Fontibón para Todas y Todos", señala en el eje social que el programa "Fontibón sin hambre" agrupará, promoverá y liderará las acciones en lo local, que le dan coherencia y articulación a la política y a la estrategia de seguridad alimentaria y nutricional. Se emprenderán acciones para que la población más pobre y vulnerable de la localidad novena acceda a los alimentos con equidad entre géneros y generaciones. Particular atención tendrán los niños, las niñas, las madres gestantes y lactantes, los adultos y adultas mayores, y la población con discapacidad. Ofrecerá alimentos y nutrientes a través de los suplementos, de los comedores infantiles (población escolarizada y no escolarizada) y de los comedores comunitarios.

Luego una primera conclusión que se extrae al respecto es que inicialmente los bienes que posee el Fondo de Desarrollo Local, pueden entrar a contribuir y a impulsar un programa que se encuentra desarrollado en los planes de desarrollo local y no ser objeto del mecanismo del martillo.

Para lo anterior y de acuerdo con los desarrollos contenidos en los Decretos Nacionales 777 y 1403 de 1992, la suscripción de contratos deben contar con unos requisitos específicos relacionados con la actividad que se pretende realizar, pero sobre todo con las características que cada organización sin ánimo de lucro posea para el cumplimiento del objeto y fines que se procuren desarrollar mediante este tipo de contratación.

En este evento y tratándose de entidades privadas sin ánimo de lucro y dado que los bienes que posee la mayoría se encuentran en buen estado, la figura jurídica para que estos presten una utilidad dentro del programa comedores comunitarios, es la suscripción de un contrato de comodato, mediante el cual se entregaría el bien sin ninguna contraprestación económica, tal como dicha figura jurídica lo prevé. Para la suscripción de dicho contrato se deben verificar con la entidad contratante los requisitos consagrados en el Decretos Nacionales 777 y 1403 de 1992.

Ahora bien, como algunos de los bienes pueden ser objeto de deterioro o de desgaste por el uso continuado, dado la utilidad que prestan, es pertinente tener en cuenta dicha situación dentro de las cláusulas que se señalen en el respectivo contrato y aplicar los parámetros establecidos en la Resolución 01 de 2004 expedida por el Contador de Bogotá en cuanto el procedimiento para salida de bienes entregados en comodato, como para el inventario y los cálculos de depreciación

respecto a la vida útil de los muebles.

Para la determinación de la entidad con la que se pretenda entregar los bienes en comodato, se sugiere realizar un proceso de participación en el que de acuerdo con el seguimiento realizado por las oficinas encargas del programa, se entienda la prioridad o necesidad de dotar a los mismos con unos insumos adicionales que le permitan la continuidad de los programas y el fortalecimiento del mismo, o en su defecto la necesidad de ampliación del programa a otros sectores.

Por otra parte y en el evento en que se pretenda expandir la atención a otras zonas que hasta el momento no cuentan con el programa, el Fondo de Desarrollo Local puede suscribir un contrato de apoyo o de asociación en los que se aporte adicionalmente la entrega de los bienes como parte de la implementación del programa, caso en el cual se debe señalar la destinación específica de los mismos.

En consecuencia la salida de los muebles del almacén para los comedores comunitarios puede realizarse a través de un contrato de comodato y/o de un contrato de apoyo y/o asociación, cumpliendo con los requisitos señalados en los Decretos Nacionales 777 y 1403 de 1992.

Dicha contratación de conformidad con el Decreto Distrital 375 de 2007 puede ser desarrollada directamente por los Alcaldes Locales como ordenadores del gasto de los Fondos de Desarrollo Local, sin requerir autorización de entidad alguna del sector Central.

Ahora bien, tampoco existe impedimento para que estos bienes se destinen como parte de las obligaciones que el Fondo de Desarrollo Local adquiera en el marco de un convenio interadministrativo que tenga por objeto el desarrollo de un programa social relacionado con comedores comunitarios o enmarcados en el programa de Bogotá Sin Hambre; o en su defecto la simple entrega o traspaso de bienes. Lo anterior en la medida en que se menciona la posibilidad de tal convenio con el IDIPRON.

En el evento de la suscripción del convenio señalado se debe tener claro para la actual coyuntura electoral, la restricciones que señala el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 en el sentido de celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, aclarando en este caso que el simple traspaso de bienes muebles no significa ejecución de recursos públicos por la calidad y definición que sobre el tema realiza la Resolución 01 de 2001 expedida por el Contador.

En los anteriores términos se da respuesta a la petición presentada por Usted ante esta Dirección Jurídica.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia de Información: **Dr. RAÚL NAVARRO** – Jefe Oficina Asesora Jurídica Secretaría de Gobierno.
Dra. DEIDAMIA GARCÍA QUINTERO – Subsecretaria Apoyo a Localidades- S. Gobierno
Dr. GUSTAVO PARRA MARTÍNEZ – Subsecretaría Jurídica. S. Integración Social.

Proyectó: Zulma Rojas Suárez
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-47029 30/08/07

Bogotá D.C.,

Doctora

ALBA LUCÍA USA MORENO

Jefe Oficina Jurídica

Hospital La Victoria

Diagonal 39 Sur No. 3-20 Este

Bogotá

Asunto: Solicitud concepto/Aplicación de la Directiva No. 007 de 2007, expedida por el Alcalde Mayor D.C. Democratización de la Contratación en Bogotá.
Número de radicación No. 1-2007-29109

Cordial saludo doctora Alba Lucía:

En la comunicación del 15 de junio de 2007 con radicado 6294, usted solicita un concepto sobre la obligatoriedad de la aplicación de la Directiva 007 de 2007 del Alcalde Mayor de Bogotá D.C., en particular con relación a los siguientes puntos:

- Mayores puntajes a las Mipymes, estableciendo un mayor puntaje a las microempresas, inferior a las pequeñas empresas y menor a las medianas empresas.
- Designar un puntaje de estimulación a las empresas que utilicen personal proveniente de las localidades donde se vaya a ubicar la obra o prestar el servicio.
- Estimular la industria colombiana en general, debiendo en todo caso preferir en condiciones de igualdad el servicio de las Mipymes nacionales.

Frente a los puntos antes señalados, usted manifiesta que no le es claro si existe disonancia entre la Directiva No. 007 de 2007 y las disposiciones de la Constitución nacional, además de una afectación a los principios de la contratación estatal. En particular, señala que con la obligación impuesta por la Directiva a los proponentes para que contraten personal de la localidad se afecta el principio de autonomía de los contratistas.

Antes de resolver las inquietudes planteadas por la Jefe de la Oficina Jurídica del Hospital La Victoria, en primer lugar, cabe señalar que la Directiva 007 de 2007, emitida por el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., prescribe la aplicación de acciones afirmativas permitidas en la Ley.

La noción de acciones afirmativas corresponde a un desarrollo jurisprudencial, que la define como *"todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación, con el fin de conseguir una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades"*. (Sentencia T-724 de 2003).

En virtud de lo anterior no es aceptable la tesis expuesta por la solicitante, al señalar que la administración con la aplicación de las acciones afirmativas previstas por el legislador esté contraviniendo las normas que rigen la contratación estatal.

Ahora bien, téngase en cuenta que las Directivas expedidas por el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. son actos administrativos que determinan o establecen lineamientos o directrices que implican políticas de gobierno[107] y, que, como cualquier acto administrativo gozan de presunción de legalidad en los términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Para mayor ilustración del asunto objeto de consulta, se hace la cita textual del aparte de la Directiva 007 de 2007 cuestionado por la solicitante.

"1.2. En relación con las reglas de selección previstas en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

a. Las entidades destinatarias de esta Directiva asignarán, dentro de los criterios de desempate, puntajes diferenciales para estimular a las micro, pequeñas y medianas empresas, señalándoles un puntaje mayor a las microempresas, inferior a las pequeñas empresas y menor a las medianas empresas.

b. Si llegare a persistir el empate, las entidades destinatarias de esta Directiva asignarán, dentro de los criterios de desempate, puntajes diferenciales para estimular a las micro, pequeñas y medianas empresas que se encuentren debidamente domiciliadas en Bogotá, D.C., asignándoles un puntaje mayor a las microempresas, inferior a las pequeñas empresas y menor a las medianas empresas.

(...)

d. Las entidades asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje para estimular a las empresas que utilicen personal proveniente de las localidades donde se ubique la obra o se vaya a prestar el servicio, para cuya verificación se utilizará el certificado de residencia expedido por el correspondiente Alcalde Local. (...)"

107 Manual para la expedición de actos administrativos. adoptado mediante Decreto Distrital No. 213 de 2007.

En adición a lo anterior es necesario tener en cuenta que a través de la Directiva 007 de 2007, el Alcalde Mayor de Bogotá imparte directrices sustentadas en normas constitucionales y legales, que permiten un tratamiento especial aplicable a la contratación. Incluso, en el Sistema informático de "Régimen Legal" se puede consultar con el texto de la Directiva, en el anexo y los pies de página, las normas que le sirven de fundamento legal.

Es claro que el criterio establecido en el literal a) del numeral 1.2 de la Directiva en comento, esto es, *"a. Las entidades destinatarias de esta Directiva asignarán, dentro de los criterios de desempate, puntajes diferenciales para estimular a las micro, pequeñas y medianas empresas, señalándoles un puntaje mayor a las microempresas, inferior a las pequeñas empresas y menor a las medianas empresas"*, solo aplica en casos de empate entre proponentes dentro de un proceso de contratación y, por supuesto, cuando uno de los que empataron es una Mipymes.

Además, la misma directiva en aras de respetar el principio de la transparencia en la contratación prevé que los criterios de calificación para concretar las acciones afirmativas deben estar contenidos en el pliego de condiciones de la contratación.

Lo anterior es jurídicamente viable en cumplimiento del mandato constitucional y legal contenido en el inciso 2º del artículo 13 de la Constitución Política y en el artículo 12 de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 9º de la Ley 905 de 2004. Normas que se citan a continuación:

Artículo 13 de la Constitución Política

"(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados."

Artículo 9 de la Ley 905 de 2004, modificatorio del artículo 12 de la Ley 590 de 2000

"Artículo 12. ***Concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado.*** *Con el fin de promover la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, las entidades indicadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 o de la ley que la modifique, consultando lo previsto en esa ley y en los convenios y acuerdos internacionales:*

1. Desarrollarán programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología, en lo atinente a preferencia de las ofertas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición pública de bienes y servicios.

2. Promoverán e incrementarán, conforme a su respectivo presupuesto, la participación de micro, pequeñas y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden.

3. Establecerán, en observancia de lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley, procedimientos administrativos que faciliten a micro, pequeñas y medianas empresas, el cumplimento de los

requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información, por medios idóneos, sobre sus programas de inversión y de gasto.

4. Las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales.

Parágrafo. *El incumplimiento de los deberes de que trata el presente artículo por parte de los servidores públicos constituirá causal de mala conducta."*

No se debe perder de vista que la Directiva 007 de 2007, expedida por el Alcalde Mayor, busca dar aplicación a los principios del estado social de derecho, con especial énfasis en la igualdad real y efectiva y la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, consagrados en la Constitución Política. Para su efectiva aplicación, la entidad distrital contratante debe tener en cuenta el tipo de bien a contratar y la población en la que se realizará el contrato.

Que una entidad distrital, dentro de un proceso contractual, asigne un puntaje a aquel proponente que utilice en desarrollo del contrato personal ubicado en la localidad es una medida que apunta a organizar la ciudad, beneficia la movilidad y a la comunidad donde se realiza determinada obra y no vulnera los principios de contratación, sino que por el contrario contribuye a la aplicación de todos los principios que rigen la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales irradian la actividad de la contratación estatal.

Adicionalmente, al Alcalde Mayor le es dable impartir ese tipo de directrices en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 38 del Decreto 1421 de 1993 y en particular la del numeral 3, que prevé "Dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones, la prestación de servicios y la construcción de obras a cargo del Distrito".

El principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes significa "la fuerza jurídica de la voluntad libre y autónoma para la celebración y ejecución de actos y contratos"[108], el cual no se vulnera con la directiva, en la medida que cada uno de los proponentes está en libertad de establecer un porcentaje o número de personas de la localidad a contratar, así como también el tipo de participación de las mismas personas en desarrollo del contrato.

En cuanto a la obligación de las entidades de la administración pública de estimular la industria colombiana está prevista en el artículo 1° de la Ley 816 de 2003, que señala textualmente:

"Artículo 1°. *Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional."*

108 Dávila Vinueza, Luis Guillermo. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. LEGIS. Segunda Edición. Bogotá. Página 5.

De igual forma, el artículo 2° de la Ley 816 de 2003 prevé:

"Artículo 2°. Las entidades de que trata el artículo 1° asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional."

La misma norma transcrita, en su artículo 1°, establece que la obligación de apoyar la industria nacional corresponde a todas las entidades de la administración pública, con excepción de las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios.

La norma antes citada permite que se adopten criterios objetivos tendientes a apoyar la industria nacional.

Lo antes explicado, deja en claro que la Directiva 007 de 2007 del Alcalde Mayor de Bogotá D.C. es un acto administrativo de obligatorio cumplimiento, cuyo contenido se fundamenta en la Constitución Política y en la Ley.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL AVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia de información: Dra. Consuelo Corredor Martínez
Secretaria de Desarrollo Económico
Carrera 30 No. 24-90 Piso 3°.

Proyectó: Sandra Mejía García
Revisó: Manuel Ávila Olarte

Radicado de salida 2-2007-45394 22/08/07

Bogotá D.C.,

Doctora

INÉS ELVIRA ROLDÁN PARDO

Directora General

Instituto Distrital para la Economía Social IPES

Ciudad

Asunto: Concepto - Convenio interadministrativo traslado de bienes muebles y cartera de las plazas de mercado distritales al IPES.

Radicación N°. 1-2007-33808

Respetada doctora Inés Elvira:

He recibido su comunicación del Asunto por medio de la cual requiere que se emita concepto acerca de la viabilidad de realizar un convenio interadministrativo entre los Fondos de Desarrollo Local y el Instituto Distrital para la Economía Social IPES, con la finalidad de trasladar los bienes que se encuentran en los inventarios de las plazas de mercado distritales, dentro del marco de la Ley de Garantías Electorales – Ley 996 de 2005.

Presenta la anterior solicitud dado que de conformidad con el Acuerdo 257 de 2006 por medio del cual se estableció la nueva estructura administrativa del Distrito Capital, se dispuso como función del IPES administrar las plazas de mercado en coordinación con la política de abastecimiento de alimentos y las plazas de mercado se encontraban antes de la reforma bajo la administración de las Alcaldías Locales, por lo cual para dar cumplimiento a la función señalada se hace necesario trasladar los bienes al IPES

La pregunta va dirigida a establecer si el aludido convenio interadministrativo implica ejecución de recursos o no y por lo mismo si se puede suscribir en el marco de la ley 996 de 2005, Ley de Garantías Electorales, de conformidad con la cual dentro de los 4 meses anteriores a la realización de las elecciones, en este caso el 28 de octubre de la presente anualidad, no se podrán realizar convenios interadministrativos parala ejecución de recursos.

De la misma manera de acuerdo con información suministrada por la Entidad a su cargo, el traspaso o traslado se refiere a los bienes muebles de las plazas y a la cartera de las mismas.

Frente a la pregunta presentada nos permitimos señalar lo siguiente:

I. MARCO NORMATIVO.

- Ley 996 de 2005

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos (...)

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista (...)

- Directivas 2 del Procurador General de la Nación, y 4 de 2007 del Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

La Directiva 02 de 2007 del Procurador General de la Nación transcribe el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 citado arriba y la Directiva 04 de 2007 del Alcalde Mayor de la Ciudad al dar a conocer las instrucciones impartidas por el Órgano de Control señala:

*"*Celebración de convenios interadministrativos.*

De conformidad con las instrucciones impartidas por el Ministerio Público, la celebración de convenios interadministrativos en los que se ejecuten recursos públicos podrá efectuarse hasta el 27 de junio del 2007 y volver a realizarse a partir del 28 de octubre del presente año.

Sólo se restringe la celebración de estos convenios, cuando los mismos impliquen ejecución de recursos, por lo tanto aquellos en los que no esté involucrada la ejecución de los mismos puede seguir llevándose a cabo.

De conformidad con las disposiciones legales citadas y la Directiva emitida por la Procuraduría General de la Nación, no existe restricción para la contratación directa, ni para la regida por procesos licitatorios".

- Resolución 001 de 2001[109] del Contador General de Bogotá D.C.

"3.2.16. INGRESO POR OPERACIONES INTERINSTITUCIONALES- TRASLADO O TRASPASO.

Representa los bienes transferidos, inservibles, servibles no utilizables o aquellos que por disposiciones especiales se requieren o se deben trasladar o traspasar entre entes públicos del nivel distrital, sin ninguna contraprestación y en cumplimiento de disposiciones legales.

La característica de este tipo de operaciones es la transferencia del dominio y de la propiedad de los bienes que realicen las entidades distritales.

109 Por la cual se expide el Manual de Procedimientos Administrativos y Contables para el Manejo y Control de los Bienes en los Entes Públicos del Distrito Capital.

(...)

TRASPASO DE INVENTARIOS: Jurídicamente se define como la entrega de los bienes entre entidades del sector central y descentralizado o entre las entidades descentralizadas entre si, del nivel distrital, por tratarse de dos personas jurídicas diferentes. Este hecho económico se efectuará a través de un Convenio Interadministrativo suscrito por los correspondientes representantes legales de las entidades, y se formalizará con la respectiva acta de entrega.

Para la legalización del ingreso al Almacén de la entidad se deben surtir los pasos del procedimiento de ingreso o alta de Almacén establecido en el presente manual.

El documento que oficializará la transacción será el acta de recibo y entrega firmada por las partes en señal de conformidad y debe señalar el origen o causa del traslado o traspaso, relacionar y detallar las características de los bienes, la conformación de su valor en libros o el obtenido en caso de hacerse necesario mediante avaluó técnico; valor por el cual la entidad receptora ingresará los bienes a su patrimonio. El registro contable se debe realizar como una operación interinstitucional".

- Acuerdo Distrital 257 de 2006[110]

Artículo 79. Funciones del Instituto para la Economía Social - IPES. De conformidad con lo establecido en el artículo anterior adicionase los Acuerdos 25 de 1972 y 04 de 1975 con las siguientes funciones:

(...)

d. Administrar las plazas de mercado en coordinación con la política de abastecimiento de alimentos.

II. Concepto de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

La Ley 996 de 2005 contiene en el parágrafo de su artículo 38 una restricción para celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos en aras de defender el interés público y dictar normas que preserven la transparencia en los procesos electorales, como el que se va a realizar el próximo 28 de octubre.

En efecto, la norma es clara en precisar que los convenios interadministrativos que se restringen son aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos y es así para salvaguardar los recursos del Estado y evitar que mediante la suscripción de convenios interadministrativos los mismos se comprometan con fines políticos o partidistas.

Así, tanto en la petición elevada por el IPES como en la información telefónica entregada por el mismo Instituto se indica que se pretende traspasar los bienes muebles y la cartera de las plazas de mercado de los Fondos de Desarrollo Local al IPES, para que este último cumpla la función

110 "Por el cual se dictan normas básicas sobre la Estructura, Organización y Funcionamiento de los Organismos y de las Entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones"

asignada en el artículo 79 del Acuerdo 257 de 2006 de administrar las plazas del Distrito Capital; el convenio planteado no pretende trasladar recursos económicos adicionales.

En este sentido se plantea recurrir al artículo 3.1.16 de la Resolución 001 de 2001 del Contador Distrital el cual trata del traspaso de inventarios entre Entidades de niveles diferentes de la Administración Distrital.

Este acto define los bienes como "artículo inventariable o activo de cualquier clase, incluyendo el efectivo, activos fijos, materiales y artículos en proceso de producción" de conformidad con el Diccionario de Términos de Contabilidad Pública Contaduría General de la Nación.

Señala además que para efectos de ese manual se considerarán como tales, esto es como bienes, únicamente los elementos en deposito y los bienes muebles de propiedad o recibidos para el uso de los Entes Públicos del Distrito Capital, excluyendo el dinero, títulos valores y similares.

El traspaso de los bienes muebles y cartera de las plazas de mercado no implica por sí mismo la ejecución de recursos públicos, sino que con este se pretende dar cumplimiento a la autorización contenida en el Acuerdo 257 de 2006 del Concejo de Bogotá. Lo anterior como quiera que los bienes a que se ha hecho referencia no son recursos presupuestales y por lo mismo no implican ejecución presupuestal.

Precisamente la misma Resolución 001 de 2001 del Contador de Bogotá, clasifica dentro de las operaciones de traslado o traspaso de inventarios, entre otras las de aquellos –bienes- que por disposiciones especiales se requieren o se deben trasladar o traspasar entre entes públicos del nivel distrital, sin ninguna contraprestación y en cumplimiento de disposiciones legales.

En el convenio a celebrarse no se ejecutarán los bienes de las plazas de mercado, y tampoco existirá ninguna contraprestación entre las Entidades involucradas en la operación, sino que los mismos serán conservados, pero no en cabeza de las localidades sino del IPES como Entidad jurídicamente encargada de su administración.

Igualmente consultada la Dirección de Contabilidad de la Secretaría Distrital de Hacienda, considera esa dependencia que el convenio a que se ha hecho referencia, es contablemente viable como quiera que con él no se ejecutan recursos, sino que se reclasifican bienes, e igualmente considera en todo caso que, de la operación que se efectúe se deberán dejar las respectivas constancias en las cuales quede claro lo que cada una de las Entidades entrega y recibe respectivamente, es decir el documento que detalle la operación.

Así las cosas, en concepto de esta Dirección la operación administrativa que pretende realizarse para dar cumplimiento al artículo 79 del Acuerdo 257 de 2006 no implica ejecución de recursos públicos y por lo mismo puede ser adelantada por su Despacho.

Lo anterior como quiera que el convenio interadministrativo aludido, no dispone de los bienes de las plazas sino que los entrega al competente para tenerlos en su haber, de conformidad con el

artículo 3.1.16 de la Resolución 001 de 2001 del Contador Distrital que define el traspaso como la entrega de los bienes entre entidades del sector central y descentralizado o entre las entidades descentralizadas entre sí, del nivel distrital, por tratarse de dos personas jurídicas diferentes y determina que este hecho económico se efectuará a través de un Convenio Interadministrativo suscrito por los correspondientes representantes legales de las entidades.

En los anteriores términos se da respuesta a la petición presentada por Usted ante esta Dirección Jurídica.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO

Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE

Subdirector de Conceptos

Copia información: Dr. Leonardo Arturo Pazos Galindo - Subdirector Jurídico - Secretaría Distrital de Hacienda.
Dr. Jorge Castañeda - Contador de Bogotá - Dirección de Contabilidad Secretaría Distrital de Hacienda

Proyectó: Ximena Aguilón Mayorga
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2 - 2007 - 55794 22-10-07
Bogotá D.C.,

Doctora
CAROL VILLAMIL ARDILA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
SECRETARÍA DE DESARROLLO ECONÓMICO
Carrera 30 No. 24 - 90 Torre A, piso 3
Ciudad

Asunto: Solicitud de unificación de criterios y directriz sobre la constitución de la póliza global de manejo.

Reciba un cordial saludo, doctora Villamil.

De manera atenta nos permitimos informarle que esta Secretaría recibió el oficio de la referencia, mediante el cual solicitó a esta entidad unificar criterios a nivel distrital y la emisión de un directriz en relación con la constitución de la póliza de manejo global.

La solicitud se genera con ocasión de la expedición de un concepto por la Contraloría General de la República, en el cual después de hacer referencia al riesgo que puede afrontar la entidad pública como consecuencia de la administración, custodia o manejo de los bienes por parte de los servidores públicos o personas naturales, concluye que "no se justifica desde el punto de vista económico, ni jurídico, la constitución de una póliza de manejo global que incluya a todos los funcionarios de la entidad, y adicionalmente, la constitución de otra póliza de manejo, que solamente incluya al Alcalde y al Secretario de Hacienda".

Ahora bien, la duda radica en saber el alcance de dicho concepto, en relación con los amparos propios de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual, civil profesional y de cumplimiento, toda vez que además de recomendarse la no constitución de dos pólizas de manejo para amparar el mismo riesgo, se señala que las entidades no pueden incluir el amparo de riesgos que sólo beneficien a la persona natural que ocupa cargos de dirección y/o manejo, tales como pago de honorarios profesionales, costos de procesos y reconocimiento de perjuicios en los que deba incurrir el funcionario o ex - funcionario público como resultado de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas.

Sobre su inquietud, me permito manifestarle las siguientes consideraciones jurídicas:

Normas Aplicables.

El Código de Comercio, al referirse al tema de los seguros, en los aspectos aplicables al asunto de interés señala lo siguiente:

> "Art. 1082.- **Clasificación de los seguros.** Los seguros podrán ser de daños o de personas; aquellos, a su vez, podrán ser reales o patrimoniales".
>
> "Art. 1083.- **Interés Asegurable.** Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.
>
> Es asegurable todo interés que además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero".
>
> "Art. 1084.- **Concurrencia de intereses.** Sobre una misma cosa podrán concurrir distintos intereses, todos los cuales son asegurables, simultánea o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos. Pero la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor total de la cosa en el momento del siniestro. Su distribución entre los interesados se hará teniendo en cuenta el principio consignado en el artículo 1089".
>
> "Art. 1055.- **Actos inasegurables.** El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo".
>
> "Art. 1127.- **Naturaleza del Seguro de Responsabilidad Civil.** El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.
>
> Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055".

En relación con la póliza de manejo o el seguro de cumplimiento, el artículo 203 del Decreto 663 de 1993 señaló:

"Art. 603.- Seguro de manejo o de cumplimiento.

1. **Objeto del seguro.** Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

2. **Destinatarios del seguro.** Los empleados nacionales de manejo, los de igual carácter que presten sus servicios a entidades o instituciones en que tenga interés la Nación, así como los que deban responder de la administración o custodia de bienes de la misma los albaceas, guardadores, fideicomisarios, síndicos, y, en general, los que por disposición de la ley tengan a su cargo la administración de bienes ajenos con obligación de prestar caución, garantizarán su manejo por medio del seguro de que trata el presente artículo.

Las Asambleas Departamentales, y los Concejos Municipales podrán disponer que los empleados que administren, manejen o custodien bienes de las respectivas entidades constituyan sus garantías por medio del seguro a que este estatuto se refiere".

De acuerdo con las normas trascritas, en materia de seguros existen dos tipos: los de daños y los de personas. Dentro de los primeros, encontramos el de responsabilidad civil extracontractual, cuyo principal objetivo es proteger el patrimonio del asegurado, mediante la compensación o indemnización a terceros, de los daños que sufran como consecuencia de la actuación de dicho asegurado.

De igual forma, encontramos dentro de esta clasificación el seguro de manejo o de cumplimiento, el cual tiene por objeto garantizar la correcta administración de los fondos o valores que se confíen a los empleados públicos o particulares.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance o cobertura de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual, civil profesional y de manejo o de cumplimiento que se ofrece a las entidades estatales por parte de las compañías aseguradoras?

En el mercado asegurador se ofrece el seguro de responsabilidad civil extracontractual con el fin de cubrir daños causados a terceros (personas sin ningún vínculo contractual o familiar con el asegurado), como resultado de la responsabilidad civil en que incurra el asegurado por lesión o muerte a personas, y/o destrucción o pérdida de bienes, causados durante el desarrollo normal de sus actividades.

En este tipo de seguros, tal y como lo señala el Código de Comercio en el artículo 1055, están excluidos de la cobertura los daños que se causen a personas o a los bienes de terceros, por dolo o culpa grave del asegurado o sus representantes.

En cuanto a los gastos de defensa u honorarios profesionales, los mismos son cubiertos por este tipo de póliza, siempre para beneficiar al asegurado (que normalmente es la entidad estatal) y no al particular, y como ya se indicó, excluye los casos en los que exista dolo.

De igual forma, el ramo asegurador ofrece otra especie de póliza de responsabilidad civil extracontractual, que pese a su nombre en realidad corresponde al amparo por responsabilidad civil profesional. Se distingue de la anterior, en razón a que el riesgo asegurable no son los daños causados a terceros, sino el patrimonio mismo de la entidad, en la medida en que esta póliza se dirige a proteger al asegurado (entidad estatal) de los detrimentos patrimoniales que sufra cuando los funcionarios asegurados sean declarados civil o administrativamente responsables de detrimento patrimonial en razón a haber cometido actos incorrectos en el desempeño de las funciones propias del cargo.

Al igual que la póliza de responsabilidad civil extracontractual, el amparo no incluye las pérdidas o daños causados como resultado de actos dolosos o criminales cometidos por los funcionarios asegurados.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que en este tipo de seguros para que proceda el pago de los gastos de defensa judicial del funcionario asegurado, éste debe ser declarado inocente o el hecho por el cual sea declarado responsable no debe tener el carácter de doloso. De igual forma están exentos de cobertura los gastos de defensa judicial o cualquier erogación que se cause como resultado de investigaciones o procesos adelantados por órganos de control interno de la entidad[111].

En tal sentido, es claro que esta garantía no beneficia al funcionario asegurado sino al estado protegiendo su patrimonio ante un posible detrimento patrimonial causado por sus propios funcionarios.

Finalmente, encontramos el seguro de manejo o póliza global del sector oficial, el cual se diferencia de los dos anteriores, en que el amparo no se dirige a proteger al asegurado por los posibles detrimentos patrimoniales o daños causados a terceros, sino a asegurarlo contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por los empleados de la entidad estatal en el ejercicio de los cargos amparados, es decir, garantiza la correcta administración de los fondos públicos confiados a los empleados públicos o particulares.

A diferencia de los seguros antes mencionados (responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil profesional), el seguro de manejo ampara a las entidades estatales de los actos que sean tipificados como delito contra la administración pública, es decir, la administración dolosa de los bienes y valores confiados al funcionario o particular en razón a su cargo, aspecto sin el cual, no podría pensarse en la ocurrencia del siniestro[112].

111 En el caso particular de esta entidad, la póliza de responsabilidad civil profesional contratada con la aseguradora La previsora S.A. excluye los gastos judiciales causados como resultado de la investigación adelantada por la oficina de control interno de la entidad y prescribe que el pago de gastos judiciales del funcionario asegurado procede siempre que sea declarado inocente y siempre que no se trate de un hecho doloso.

112 La póliza global de manejo contratada por esta entidad con La Previsora S.A. señala como interés asegurable el siguiente: Amparar la apropiación indebida de dinero y otros bienes de la Entidad o por lo que sea responsable, que aconteciere como consecuencia de los eventos

Normalmente son excluidas de la cobertura de esta póliza las pérdidas que sufra la entidad como resultado de sanciones administrativas o disciplinarias que sean impuestas al empleado.

Como se observa, la póliza en comento, reviste gran importancia para las entidades estatales, toda vez que antes que beneficiar al funcionario o particular que administra o custodia los fondos o bienes de la administración, protege a esta última de los perjuicios a los que está expuesta como resultado de los manejos indebidos que de tales valores hagan sus empleados.

Alcance del concepto emitido por la Contraloría General de la República y repuesta al interrogante formulado.

En relación con el alcance del Concepto de la Contraloría General de la República, dicho órgano de control señala expresamente en la página 6 de su concepto, que el mismo no tiene fuerza vinculante en los términos del Decreto Ley 267 de 2000 y el artículo 25 del C.C.A.

No obstante lo anterior, resulta importante rescatar lo señalado por la Contraloría General de la República en cuanto a la falta de justificación jurídica y económica de la constitución de dos pólizas de manejo global donde se ampare dos veces el mismo riesgo al cubrir en una y otra a los mismos funcionarios, no solo por las razones expuestas por el mencionado órgano de control, sino porque en la práctica aseguradora, normalmente se constituye una póliza global de manejo que ampara a la entidad de los actos de administración indebidos que realice cualquier funcionario de la asegurada (cubre todos los funcionarios), entre otras razones porque la cobertura resulta ser más amplia que aquella que solo ampara al asegurado frente a los actos de unos cuantos empleados.

Lo anterior, no significa que la entidad no pueda constituir una póliza de manejo global para determinados funcionarios en lugar de una que los ampare a todos como ya se señaló, pero en todo caso, resulta válida la recomendación dada por la Contraloría General de la República en el sentido de no amparar dos veces el mismo riesgo.

En cuanto a la recomendación de la Contraloría, según la cual, las entidades no pueden incluir el amparo de riesgos que sólo beneficien a la persona natural que ocupa los cargos de dirección y/o manejo tales como el pago de honorarios profesionales, costos de procesos y reconocimiento de perjuicios en los que incurra el funcionario o ex - funcionario en razón a sus actuaciones dolosas o gravemente culposas, resulta claro que en la práctica aseguradora, la póliza global de manejo no ampara este tipo de riesgos, en razón a la clase de siniestro al que se refiere.

En el caso de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual y la de responsabilidad civil profesional donde tales riesgos sí son objeto de cobertura, como ya se indicó, siempre están

más adelante enumerados, en que incurran sus empleados o personal a su servicio, siempre cuando el hecho sea imputable a uno o varios empleados determinados y sea cometido durante la vigencia de la póliza . Más adelante al referirse a los amparos señala: Delitos contra le patrimonio económico; delitos contra la administración pública; gastos de reconstrucción de cuentas y gastos de rendición de cuentas

excluidos los actos dolosos y culposos del asegurado de acuerdo con la prohibición expresa del Código de Comercio, además de que el amparo de tales siniestros procede siempre y cuando el funcionario asegurado sea declarado inocente dentro del proceso.

Con todo, este tipo de seguros de daños (responsabilidad civil extracontractual y civil profesional), no benefician a la persona natural que ocupa el cargo, sino directamente a la entidad estatal, la cual puede verse afectada en su patrimonio con la ocurrencia del siniestro amparado por la correspondiente póliza.

Conclusiones:

1) De acuerdo con el concepto expedido por la Contraloría General de la Nación (80112 – 2007 EE25942), al constituir una póliza global de manejo, la entidad estatal debe tomar en cuenta que no debe asegurar dos veces el mismo riesgo, esto es, adquirir una póliza global que ampare a todos los funcionarios de la entidad, y a la vez otra póliza global de manejo que incluya a determinados funcionarios, cubiertos en aquella póliza.

2) La póliza global de manejo normalmente no incluye dentro de su cobertura riesgos como honorarios profesionales y costos de procesos en los que deba incurrir el funcionario o ex funcionario público como producto de actuaciones dolosas o gravemente culposas. Dicho amparo se dirige a proteger a la entidad del menoscabo de fondos y bienes a los que queda expuesta por causa de la conducta de los funcionarios cubiertos por la póliza.

3) En el caso de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual y la de responsabilidad civil profesional, donde riesgos como el pago de honorarios y gastos de procesos sí son objeto de cobertura, siempre están excluidos los actos dolosos y culposos del asegurado de acuerdo con la prohibición expresa del Código de Comercio, además de que el amparo de tales siniestros procede siempre y cuando el funcionario asegurado sea declarado inocente dentro del proceso.

4) Los seguros de responsabilidad civil extracontractual, el de responsabilidad civil profesional y el de manejo global o cumplimiento, no benefician en ningún caso a la persona natural que ocupa el cargo, sino directamente a la entidad estatal, la cual puede verse afectada en su patrimonio con la ocurrencia del siniestro amparado por la correspondiente póliza.

En los términos arriba señalados, dejamos expuestas nuestras consideraciones en relación con el tema objeto de concepto.

Cordialmente,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO

Directora Jurídica Distrital

Proyectó: Rosmira Gómez

Revisó: Amparo León Salcedo

Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

LABORAL ADMINISTRATIVO

Radicado de salida 2-2007-45694 23/08/07

Bogotá D.C.,

Doctor

LINO GUILLERMO BAENA CALLE

Director general

UAE de Rehabilitación y Mantenimiento Vial

Carrera 30 No. 24- 90 Piso 16

Ciudad.

Asunto: Concepto. Nombramientos Provisionales en vigencia de la Ley de Garantías.

Rad. 1-2007-30330

Respetado Doctor Baena:

Hemos recibido su comunicación donde eleva las siguientes preguntas:

1. ¿Es viable, la realización de nombramientos provisionales y encargos, con permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil, durante los cuatro (4) meses anteriores al 28 de octubre de 2007?

2. ¿Pueden realizarse prórrogas de encargos y nombramientos provisionales, previo el permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil?

3. ¿Es posible realizar nombramientos ordinarios, teniendo en cuenta que se encuentran como cargos gerenciales dentro de la Ley de Carrera Administrativa?

4. ¿Para las vacantes que en el momento de entrar en vigencia la Ley de Garantías, se encuentren provistas mediante provisionalidad o encargo y se cumplan los seis (6) meses del permiso otorgado por la Comisión Nacional de Servicio Civil dentro de la Ley de Garantías, pueden darse por terminadas sin que se configure despido por parte de la Entidad, despido que no está permitido durante los cuatro (4) meses anteriores al 28 de octubre de 2007?

5. ¿Cómo se suplen las vacantes en caso de darse por terminadas las provisionalidades?

Antes de responder es preciso tener en cuenta lo siguiente:

MARCO NORMATIVO

El artículo 1 del Decreto Nacional 1937 de 2007, modifica el parágrafo transitorio del artículo 8° del Decreto Nacional 1227 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 3820 de 2005, así:

> *"**Parágrafo transitorio.** La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.*
>
> *El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera.*
>
> *En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado".*

Por su parte, la Circular No. 29 de 2007 de la Comisión Nacional del Servicio Civil señaló el procedimiento para solicitar autorizaciones de nombramientos provisionales y encargos en vacancia definitiva.

La Directiva 004 de 2007 del Alcalde Mayor, señala:

> **Congelación de Nómina*
>
> *En cuanto a la nómina de las Entidades y Organismos estatales, dentro del mismo período, queda claro que ésta no se podrá modificar, a excepción de la provisión*

de cargos por faltas definitivas, por muerte o renuncia irrevocable del cargo, y en los casos de aplicación de las normas de carrera.

Por lo anterior en el evento de ser necesaria la provisión de cargos en las Entidades y Organismos Distritales deberá determinarse si se está frente a una falta absoluta de las señaladas, o de no ser así, debe en todo caso recurrirse a las normas de carrera administrativa.

La Circular 006 de 2007 del Personero de Bogotá y la Directiva Unificada 05 de 2007 del Procurador General de la Nación, señalan:

"1) Atender las prohibiciones que por virtud de la ley 996 de 2005 y la sentencia de Constitucionalidad C-1153 de 2005 aplican, en materia de contratación estatal, utilización de muebles e inmuebles, inauguración de obras públicas y modificación de la nómina:

...

d. La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa."

MARCO JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005 por la cual se realizó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones". Señaló lo siguiente:

"b. Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos

Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los

funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del parágrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera."

La Sección Quinta del Consejo de Estado, decidió el día 10 de mayo de 2007 en el expediente No. 73001233100020060041 9-01 en la acción de nulidad electoral contra el nombramiento de la Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima, confirmar la sentencia anulatoria proferida el 29 de enero de 2007, por la violación del artículo 38 de la ley 996 de 2005. Es de advertir que antes de dicha designación el cargo venía siendo ocupado por el doctor RAMÍREZ, quien nunca renunció al mismo.

Sobre el particular el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

"El hecho que según la acusación activa la violación a la prohibición normativa allí contenida, está representado en que el nombramiento de la Dra. RAMÍREZ SÁNCHEZ se produjo a menos de cuatro (4) meses de llevarse a cabo las elecciones del 12 de marzo de 2006, para escoger Senadores de la República y Representantes a la Cámara, es decir la designación se hizo contra la prohibición de legal implementada en la Ley de Garantías."

RESPUESTAS

La Unidad Administrativa Especial Rehabilitación y Mantenimiento Vial, manifestó que los cargos a proveer son producto de renuncias debidamente aceptadas y por la creación de nuevos cargos derivados de la reforma administrativa.

Frente a la pregunta 1°: La autoridad competente para autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso es la Comisión Nacional del Servicio Civil, en virtud del Decreto Nacional 1937 de 2007.

En consecuencia corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizar las solicitudes de encargo y nombramiento provisional, cuando por razones de estricta necesidad del servicio se justifique, durante los cuatro (4) meses anteriores al 28 de octubre de 2007.

Es de advertir, que la Comisión Nacional del Servicio Civil profirió la autorización para realizar nombramientos provisionales y encargos en dicha Unidad, mediante la comunicación No. 002516 de fecha 27 de febrero de 2007, dicha autorización se encuentra vigente, para los cargos que no han sido provistos.

En efecto, la misma Comisión Nacional del Servicio Civil autorizó mediante la comunicación No. 009733 de fecha 17 de julio de 2007 la prórroga de los nombramientos provisionales y encargos solicitados por dicha Unidad.

Luego es viable que mediante acto administrativo se realicen los nombramientos provisionales y encargos, con la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues una de las excepciones a la restricción de movimiento de nómina, en el marco de la Ley 996 de 2005 es la relacionada con las normas de carrera y precisamente los Decretos que prescriben la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, son disposiciones reglamentarias de la carrera administrativa.

Frente a la pregunta 2°: El término de duración del encargo o del nombramiento provisional autorizado no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando ésta pueda ser realizada.

En consecuencia, la autoridad que prorroga los encargos o nombramientos provisionales es la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando los cargos no se han convocado a concurso, en virtud del artículo 1 del Decreto Nacional 1937 de 2007.

Es de señalar, que la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizó mediante la comunicación No. 009733 de fecha 17 de julio de 2007 la prórroga de los nombramientos provisionales y encargos solicitados por dicha Unidad, por lo que se considera viable que mediante actos administrativos se prorroguen los encargos y nombramientos provisionales, de conformidad con el razonamiento anterior.

Frente a la pregunta 3°: La Directiva 004 de 2007 del Alcalde Mayor, la Circular 006 de 2007 del Personero de Bogotá y la Directiva Unificada 05 de 2007 del Procurador General de la Nación señalan:

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

En consecuencia, no se pueden realizar nombramientos ordinarios en cargos gerenciales, es decir, en los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 909 de 2004, ni nombramientos provisionales en los demás cargos señalados en la Ley 909 de 2004, sin la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Frente a las preguntas 4° y 5°: Nos remitimos a la respuesta dada a la pregunta 2°, es decir, que la autoridad que prorroga los encargos o nombramientos provisionales es la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando los cargos no se han convocado a concurso, en virtud del artículo 1 del Decreto Nacional 1937 de 2007.

Ahora bien, para la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable debidamente aceptada, la Comisión Nacional del Servicio Civil en los casos en que haya autorizado su provisión y se haya solicitado la prorroga, se pronunciará dado que es la autoridad competente.

Si no se solicitó la prorroga, se entiende que el encargo o nombramiento provisional cumplió el término legalmente señalado, sin configurarse una modificación a la nómina de la entidad. La consecuencia lógica de no solicitar la prórroga, es la terminación del encargo o nombramiento provisional.

Circunstancia que no se dio en el presente caso, toda vez que la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizó y prorrogó los nombramientos provisionales y encargos en la UAE de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

En estos términos damos respuesta a sus inquietudes.

Cordial Saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

C. Información: **Dra. Mariella Barragán Beltrán**.
Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros
Luis Eduardo Sandoval Isdith
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-7871 16/02/07
Bogotá D. C.,

Doctora
SANDRA LILIANA BAUTISTA
Directora Desarrollo de Talento Humano
Secretaría Distrital de Salud
Ciudad

ASUNTO: Concepto sobre el reintegro de un funcionario por orden judicial.
Radicado. 1-2006-56314, 1-2007-589, 1-2007-3944 y 3-2007-926

Respetada doctora Sandra Liliana:

Hemos recibido la comunicación del asunto, mediante la cual solicita a esta Dirección Distrital absolver los interrogantes que a continuación se indican. Para estos efectos se presentaron los siguientes documentos:

- Solicitud de concepto sobre la reincorporación de un funcionario por sentencia judicial.
- Aceptación de reintegro del señor Guillermo Guerrero G.

Del mismo modo, es del caso resaltar que la citada consulta fue elevada al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital.

De otra parte, una vez consolidada la información por la Secretaría de Salud nos solicitaron reunión a efectos de informarnos nuevos elementos de juicio sobre el particular, reunión que se celebró el pasado 7 de febrero de la presente anualidad y en la cual nos entregaron copia del concepto emitido por la Dirección General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social, Concepto No 9379 del 19 de enero de 2007.

En consecuencia procedemos a absolver sus interrogantes en los siguientes términos:

1. *Teniendo en cuenta que el cargo de Director del Hospital de Usme -114- Código 071025, del cual fue declarado insubsistente en 1993 el señor GUILLERMO GUERRERO GUTIÉRREZ, era un cargo de libre nombramiento y remoción, y que en la actualidad dicho empleo se equipara al de Gerente de Empresa Social del Estado Hospital Usme I Nivel de Atención, empleo que de acuerdo con la normatividad vigente es en empleo de periodo fijo (3 años), ¿ es procedente para dar cumplimiento a la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incorporar*

al señor GUILLERMO GUERRERO GUTIÉRREZ en el empleo de Gerente de la Empresa Social del Estado Usme I Nivel, teniendo en cuenta que se cambio la naturaleza del empleo?

Respuesta: Sea del caso comenzar indicando que conforme a las Directrices emanadas de esta Secretaría, que tiene a su cargo coordinar la gerencia jurídica pública de Bogotá, D.C., los fallos judiciales deben cumplirse de manera oportuna e íntegra, de conformidad con la el Decreto 714 de 1996 y la Circular 29 de 2006 del Secretario General de la Alcaldía Mayor, sobre la responsabilidad de cada órgano que es una sección del presupuesto de dar estricto cumplimiento a los fallos judiciales y el procedimiento para pago de sentencias judiciales, en un esquema de prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses estatales.

Ahora bien, lo primero es partir de la base que la Secretaría Distrital de Salud encuentra que el cargo de Director del Hospital Primer Nivel de Atención - 114 – Código 071025, cargo que ostentaba el ciudadano Guillermo Guerrero Gutiérrez al momento de su desvinculación, es equivalente hoy en día al cargo de Gerente de Empresa Social del Estado

Lo segundo, que dentro de los antecedentes remitidos encontramos comunicación del ciudadano y su apoderado donde manifiestan:

"teniendo en cuenta que en el Hospital de Usme no existe Gerente en propiedad y cumpliendo éste las condiciones del fallo en mención, por ser el mismo y con las mismas características en que laboraba, en el momento de producirse la insubsistencia, estamos dispuestos a aceptar el reintegro en la gerencia de dicho hospital, a partir de la fecha que usted considere pertinente"

En tercer lugar, en atención al fallo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de proferido por el ad quem[113], tenemos que la orden precisa proferida por la Judicatura es la siguiente, como consecuencia de la nulidad por desviación de poder del Decreto 538 de 1993, suscrito por el entonces Alcalde Mayor y el Secretario de Salud, mediante el cual declararon insubsistente el nombramiento del ciudadano:

"reintegrar al señor.... en el cargo de Director del Hospital Primer Nivel de Atención – 114 – Código 071025 o a otro de equivalente categoría y remuneración"

Así entonces, el término reincorporar empleado en la consulta elevada no es procedente, ya que el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, denominan reincorporación a la siguiente situación jurídica:

> *"Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o depen-*

113 Consejo de Estado, Sección II, quien confirmó, en sentencia del 27 de julio de 2000, el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso radicado 1359 98, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Guillermo Guerrero Gutiérrez contra Bogotá, D.C Secretaria de Salud

dencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

...

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas."

Por tanto, la orden de reintegro se da exclusivamente derivada, como se dijo, de la sentencia judicial. Luego, para satisfacer la orden judicial debe darse cumplimiento en los estrictos términos señalados en aquella.

Así las cosas, si la Secretaría de Salud posee actualmente cargos de Gerente de E.S.E, vacantes, debería proceder a cumplir el reintegro en alguno de ellos, en los términos de la sentencia, dada la equivalencia de cargos establecida por el citado organismo distrital y la petición del ciudadano.

2. De ser positiva la respuesta al interrogante planteado en el numeral anterior ¿Por qué término o periodo debería reincorporado (sic) en el empleo el señor GUILLERMO GUERRERO GUTIÉRREZ?

Respuesta: Partiendo de la respuesta antes dada, es decir de la procedencia del reintegro judicial en el cargo de gerente de una E.S.E., un primer punto que debemos indicar es que para el momento del retiro del servicio el cargo era de libre nombramiento y remoción, empero actualmente es un cargo de período institucional[114]

Así, la normatividad vigente, que regula el cargo de Gerente de la E.S.E., al momento del cumplimiento del fallo es el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, publicada el 9 de enero de 2007, el cual dispone:

"Artículo 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República

114 Ley 909 de 2004, artículo 5, en concordancia con la Ley 1122 de 2007, artículo 28.

o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.

Parágrafo Transitorio. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, su nombramiento no podrá superar el 6 de noviembre de 2010 y estarán sujetos al cumplimiento de los reglamentos que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1° de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010."

Para una mayor claridad, respecto de la citada disposición, procederemos a establecer los siguientes supuestos de hecho derivados de la citada consagración normativa para el caso del período de los gerentes de las E.S.E Distritales:

REGLA NORMATIVA	HIPÓTESIS
.Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.	A
En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional	B
Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.	C
Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008	D
Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos	E
Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, ***quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012***	F

Una vez reintegrado el ciudadano no aplicaría la hipótesis A, ya que no se cumple el fundamento de hecho de haberse posesionado el nuevo jefe de la entidad territorial, el cual lo hará el 1 de enero de 2008.

Para el caso de la Hipótesis E, no aplica tampoco ya que el ciudadano no viene desempeñando el cargo por concurso de méritos, ni tampoco ha sido reelegido antes de la vigencia de la Ley 1122 de 2007.

Tampoco operaría la hipótesis F, ya que en esta hipótesis nos lleva al reemplazo de un gerente que hubiere sido nombrado por concurso de méritos, a la vigencia de la Ley 1122 de 2007.

Sólo resta examinar la última hipótesis la D, según la cual *"los gerentes de las E.S.E de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, cuyo período de 3 años termina el 31 de diciembre o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008"*.

Sobre este punto hay que señalar que la orden de reintegro no tiene límite temporal, en consecuencia el período para el ejercicio del cargo se somete a los parámetros que establece la normatividad legal vigente, es decir hasta el 31 de marzo de 2008.

Al respecto, la Dirección General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social, en el Oficio No. 9379 de fecha 19 de enero de 2007 señaló el alcance del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el sentido de que la provisión de los empleos de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, cuya vacancia absoluta se haya producido antes del 31 de diciembre del 2006, deberá efectuarse mediante concurso de méritos y su período será hasta el 31 de marzo de 2008.

Por lo antes dicho, de reintegrarse como gerente del Hospital de Usme, el concurso de méritos es reemplazado por la orden judicial y su período será hasta el 31 de marzo de 2008, al tenor del parágrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y el concepto 9379 del Ministerio de la Protección Social.

Finalmente, el señor Guerrero podrá participar en el concurso de méritos si así lo desea a efectos de continuar en el cargo de Gerente del Hospital de Usme, Nivel I, una vez concluya el citado período.

3. De ser negativa la respuesta del interrogante del primer numeral ¿Cuál sería el procedimiento para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo segundo de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 22 de enero de 1998?

Respuesta: Nos remitimos a la respuesta dada a la primera pregunta.

En estos términos damos respuesta a su solicitud, cualquier inquietud al respecto estaremos atentos en atenderla.

Cordial Saludo,

CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES

Subdirector de Conceptos (E)

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO

Directora Jurídica Distrital

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros

Revisó: Camilo José Orrego Morales

Radicado de salida 2-2007-10881 06/03/07
Bogotá, D.C.

Doctora
DIANA MARIENT DAZA QUINTERO
Av. 39 No. 22-76 Apto 101.
Ciudad

Asunto: Solicitud de Revocatoria y de dejar sin efecto el Decreto No. 159 de mayo 12 de 2006.
Radicaciones: 1-2007-5603, 1-2007-5604, 1-2007-5606, 1-2007-5607.

Respetada Doctora Diana Marient:

Recibimos la solicitud del asunto en la que solicita al Despacho del Señor Alcalde Mayor la revocatoria y dejar sin efecto el Decreto Distrital No. 159 de 2006 "Por el cual se da cumplimiento a la suspensión provisional de la Alcaldesa Local de Ciudad Bolívar, ordenada por la Contraloría", por considerar que existe ilegalidad y falta de legitimidad sobre la cual se soportó la solicitud de suspensión que se presenta como decisión en conciencia.

En el mismo sentido recibimos copia de los oficios dirigidos al Contralor de Bogotá, sobre la solicitud de revocatoria y de dejar sin efecto la solicitud de suspensión.

Como fundamentos de la solicitud menciona los siguientes:

1. El acto administrativo mediante el cual se solicita la suspensión y el Decreto de suspensión son contrarios a la Constitución y a la Ley, por cuanto no se hicieron conforme al interés público y social y causaron un agravio injustificado.

Al respecto señala que se viola el artículo 29 de la Constitución, al vulnerar el derecho de defensa y demás garantías del Estado Social de Derecho y se incurre en vías de hecho al incumplir el artículo 91 de la Constitución.

2. Los procesos se iniciaron en forma irregular e ilegal, teniendo en cuenta que la suspensión y los procesos de responsabilidad fiscal son actuaciones diferentes.

Al hacer referencia a la suspensión manifiesta que, esta es discrecional del Contralor pero que la misma no implica arbitrariedad ni que no existan verdaderos elementos de juicio para ordenarla. Esta discrecionalidad administrativa se basa en los principios de mesurabilidad, proporcionalidad, racionalidad, inteligencia y prudencia, dignidad humana, presunción de inocencia y buena fe.

Considera que para que la suspensión provisional proceda debe existir obligatoriamente un daño que determinara mediante un análisis objetivo e imparcial, las razones poderosas para aplicarla en su contra; situación ésta que no se verifica.

De igual forma que para que proceda la suspensión debe existir en curso investigación penal o disciplinaria y no una investigación fiscal.

Por último considera que la duración legal de la suspensión finalizó desde el 4 de agosto de 2006, por cuanto se debe entender que éste equivale al término legal del proceso de responsabilidad fiscal (entre 4 y 5 meses), de conformidad con la ley 610 de 2000.

En lo que respecta a los procesos de responsabilidad fiscal, indica que éstos se iniciaron basados en cargos ambiguos, intranscendentes, imprecisos y dentro del mismo no se indica el daño, sino un posible detrimento.

En cuanto a la duración del mismo, se señala que éste debe ser de cinco meses, término durante el cual se deben recaudar las pruebas, situación que no se ha realizado por cuanto dentro del proceso sólo existe el auto de apertura y la declaración de la Dra. Diana Daza, situación esta que se convierte en dilatoria y vulnera el derecho al debido proceso.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, solicita la intervención y pronunciamiento del Alcalde, en el sentido de declarar la revocatoria o dejar sin efecto el acto (Decreto 159 de 2006), pues no existiría la excusa de la obediencia debida plasmada subliminalmente en el Decreto de Suspensión; de igual manera solicita al Despacho del Alcalde Mayor no ignorar la situación de la peticionaria.

En cuanto a los oficios dirigidos al Contralor, básicamente se señala la misma argumentación.

1. Problema Jurídico.

De conformidad con la solicitud elevada por la peticionaria, entra este Despacho a decidir si ¿es procedente la revocatoria del acto administrativo por medio del cual se da cumplimiento a una suspensión ordenada por la Contraloría?

2. Marco Legal.

2.1. Procedencia de la revocación directa de los actos administrativos.

El artículo 69 del C .C. A señala que los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 809 de 2003 prescribe que la revocación directa podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los Tribunales Contencioso Administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

En todo caso, las solicitudes de revocatoria directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los Tribunales Contencioso Administrativos dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.

Lo anterior por cuanto la revocatoria directa y los recursos gubernativos son excluyentes, al tenor del artículo 70 del C.C.A que prescribe: "No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa".

Por lo anterior, una vez resuelta la vía gubernativa, los actos particulares y concretos adquieren firmeza y ejecutoriedad en grado tal que por si solos permiten a la administración exigir su cumplimiento aun por la vía de la coacción al tenor del artículo 68 del C.C.A. y simultáneamente crean a favor del particular, derechos cuya estabilidad garantiza la Constitución.

En consecuencia, al Alcalde Mayor le asiste la competencia de revocar o no el acto administrativo objeto de la petición, pues el Decreto del que se solicita la revocatoria, fue expedido por el mismo.

Principio de verdad sabida y buena fe guardada.

No existe discusión frente a la facultad constitucional de la Contraloría General de la República y de la Distrital, para que bajo su responsabilidad, puedan exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios, de conformidad con el artículo 268 de la Constitución Política.

El principio de verdad sabida y buena fe guardada (proveniente del sistema Español) significa que no se requieren de plenas pruebas sino de indicios graves de que el funcionario ha cometido abusos en su función. Pese a la definición, debe cumplir con los siguientes parámetros de acuerdo a la Circular 014 de 2003 expedida por la Contraloría General:

- La solicitud de suspensión de funcionarios, en materia de responsabilidad fiscal, procede una vez se haya expedido el Auto de Apertura del Proceso de responsabilidad fiscal.
- No puede haber dudas respecto a la necesidad de retirar un funcionario, destinatario de la medida.

Debe estar demostrado que existen elementos que permitan concluir que con su permanencia en el cargo se puedan entorpecer las investigaciones, se continúen malversando los recursos del erario público, o se comprometa todavía más el interés colectivo, y que como consecuencia, sea

apremiante la medida extrema para asegurar la efectividad de la investigación.

.... "Presupuestos legales para solicitarse válidamente la suspensión de un servidor público.

De conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 268, de la Constitución Política, en armonía con lo establecido en el artículo 105, numeral 5 de la ley 136 de 1994, el Contralor General de la República y los contralores en sus respectivos ordenes, pueden exigir al nominador la suspensión inmediata de los funcionarios que desempeñan funciones de gestión fiscal.

Los presupuestos que se requieren para que proceda la medida, son en primer término la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal en curso contra el funcionario sobre el cual recaerá la suspensión, o igualmente la existencia de procesos penales o disciplinarios.

En el caso del proceso de responsabilidad fiscal, la medida es viable, una vez se han identificado los autores o existen indicios serios sobre la presunta responsabilidad de éste o estos, igualmente, ha de aplicarse el principio de verdad sabida y buena fe guardada, es decir deben existir pruebas que demuestren al ente fiscalizador que el funcionario está-realizando conductas o actos que entorpecen el normal desarrollo proceso de responsabilidad fiscal, para esclarecer los hechos y determinar el daño patrimonial del erario y sus autores; como también puede suceder que el servidor público, continúe realizando actos irregulares que incrementen el detrimento de los recursos públicos, lo que hace necesario su retiro provisional del cargo".

"Alcance de la solicitud de suspensión de servidores públicos, bajo el principio de verdad sabida buena fe guardada.

Tal como lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-603 de 24 de mayo de 2000, la solicitud de suspensión de servidores públicos, implica una exigencia que se hace al nominador, la cual no se puede desatender, toda vez, que en este aspecto, el nominador no posee discrecionalidad alguna, ya que como se dijo, la norma le otorga a los contralores la facultad de exigir la suspensión inmediata de los funcionarios. El retiro del cargo, es provisional, mientras culminan las investigaciones en al ámbito fiscal, penal o disciplinario, es decir, es una medida transitoria, a fin de preservar el patrimonio público, la moralidad pública o el interés colectivo". (Se resalta fuera del texto)

"Término de duración de la medida.

De acuerdo con la norma constitucional y legal la suspensión de funcionarios debe mantenerse mientras culminan las investigaciones penales, disciplinarias y fiscales. De conformidad con los aspectos procesales contenidos en la Ley 610 de 2000, para efectos del proceso de responsabilidad fiscal, podemos señalar que la suspensión podría ir hasta el momento procesal en que se profiere decisión de fondo es decir, fallo con o sin responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado,

no obstante, estimamos que entratándose de una medida discrecional, el contralor que la adopta puede valorar con fundamento en la emisión del auto de imputación, si esta se mantiene o no toda vez, que éste se expide cuando está demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio público, o exista cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal del implicado o implicados"[115].

3. Concepto

Previo a resolver el problema jurídico esbozado, se señala que de conformidad con el Decreto 94 de 2006 "Por el cual se adopta la estructura interna de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá DC. y se dictan otras disposiciones", esta Dirección Jurídica es la encargada de apoyar al Alcalde Mayor de Bogotá, a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor y a las demás entidades distritales en los asuntos jurídicos que éstos sometan a su consideración; por consiguiente damos respuesta a su petición en el siguiente sentido:

Teniendo en cuenta las normas señaladas, así como el concepto que sobre el tema expidió la Contraloría General de la República, es pertinente señalar que, si bien es cierto el Alcalde Mayor puede declarar la revocatoria de los actos administrativos que él expide; la norma a la cual se enfrenta, es decir el Decreto 159 de 2006, no surge de su voluntad, sino que es una orden de obligatorio cumplimiento por exigencia del ente de control territorial.

Si bien en la teoría general de los actos jurídicos, la voluntad es un requisito dentro de la expedición de los mismos, existen excepciones frente a este criterio, como en el caso de la suspensión provisional solicitada por el Contralor fundado en el principio de verdad sabida y buena fe guardada, que le posibilita dar una orden en este caso al Alcalde Mayor para que materialice la medida por ser éste el nominador de la Alcaldesa Local.

Con esta misma lógica no le es procedente en consecuencia entrar a evaluar cada uno de los motivos o argumentos jurídicos manifestados dentro de la comunicación de solicitud, por cuando la orden es de ejecución y sobre la misma no aplica valoración alguna.

Esto nos lleva a concluir por consiguiente que tampoco le es viable al Alcalde Mayor, realizar la revocatoria del acto sin que sobre el mismo medie una orden de levantamiento de la suspensión provisional, la cual es posible sólo si el ente de control así lo ordena, situación ésta que a la fecha no se ha presentado.

Este análisis se fundamenta además en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que mediante Sentencia C-603 de 2000, respecto de la suspensión provisional de los servidores públicos expresó *"Por otra parte, la medida en comento tiene un alcance provisional, por cuanto no se separa definitivamente a los servidores públicos involucrados, cuya presunción de inocencia -en el campo fiscal, en el disciplinario y en el penal- todavía no ha sido desvirtuada (art. 29 C.P.). Pero permite que, si el Contralor tiene razones poderosas para temer que la permanencia de aquéllos en el desempeño de sus empleos pueda afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o comprometer todavía más el interés colectivo, los bienes del Estado o la moralidad pública, demande del nominador, con la referida fuerza vinculante, que se los suspenda, no a título de sanción sino como instrumento transitorio encaminado a la efectividad del control".(subraya fuera de texto)*

115 Concepto No. 025054 DEL 16 de marzo de 2004. Contraloría General de la República. http://websql.procuraduria.gov.co/relatoria/dependencia/FlasJuridicos

En la misma Sentencia citada, a propósito de la atribución asignada al Contralor General de la República en el artículo 268, numeral 8º de la Constitución Política, consideró que ***"El uso de la atribución en referencia tiene repercusión directa en la interrupción del ejercicio del cargo público objeto de la actuación del Contralor,*** *ya que, cuando éste se dirige al nominador en demanda de la suspensión, no le deja alternativa distinta de proceder a ella. Se trata de un requerimiento con efectos vinculantes para el nominador, ya que la Carta Política emplea el término "exigir", lo que definitivamente es distinto de "solicitar" o "pedir", expresiones que, al fin y al cabo, dejarían la decisión en manos del funcionario administrativo correspondiente. Una* ***exigencia*** *tiene connotación imperativa; hace forzosa la ejecución de lo exigido".* ***(subraya y negrilla fuera de texto).***

En consecuencia el Alcalde Mayor, solamente podrá levantar la suspensión cuando así se lo exija el ente de control; por lo que quedamos atentos a la respuesta que sobre la revocatoria de la suspensión provisional usted solicita al despacho del Contralor, para proceder a ejecutar la orden que imparta ese despacho.

No obstante lo anterior se señala que en virtud de los derechos que sobre el tema usted encuentra vulnerados, se tienen mecanismos de defensa legal a los cuales usted puede acceder, en particular solicitar a la Contraloría General de la República, que dicho Organismo asuma, por vía de control excepcional, el conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal abierto por la Contraloría de Bogotá D.C.

Frente a los demás argumentos relacionados con la posible violación a la Constitución y a la Ley frente a la declaratoria de suspensión provisional, este despacho no le asiste competencia para emitir concepto sobre el particular.

En los anteriores términos atendemos la solicitud formulada por usted.

Cordialmente,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia de Información:
Dr. OSCAR GONZÁLEZ ARANA
Contralor de Bogotá

Dr. DEIDAMIA GARCIA QUINTERO
Subsecretaría de Asuntos Locales - Secretaría de Gobierno

Dr. JOSÉ LUIS BERRIO CUITIVA
Director de Gestión Humana - Secretaría de Gobierno

Proyectó: Zulma Rojas Suárez
Revisó: Manuel Ávila Olarte.
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero.

Radicado de salida 2-2007-10272 02-03-07
Bogotá, D. C,

Doctora
NIDIA MANOSALBA CELY
Subdirectora Administrativa
FUNDACIÓN GILBERTO ALZATE AVENDAÑO
Ciudad

Asunto. Consulta régimen salarial empleados públicos Fundación Gilberto Alzate Avendaño, radicado 1 – 2007 - 7307

Cordial saludo, respetada doctora Nidia

Esta Dirección Distrital ha recibido la comunicación del asunto, mediante la cual nos consulta sobre la competencia que tendría la Junta Directiva del establecimiento público del orden distrital Fundación Gilberto Alzate Avendaño para adoptar una modificación en el régimen salarial de unos cargos, actuación que se encuentra en trámite.

Sea del caso comenzar indicando que el Concejo de Bogotá, D.C, el pasado 30 de noviembre de 2006, dictó el Acuerdo 257 de 2006 *"Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones"*.

De otra parte, el Concejo en el artículo 93 del citado Acto ordenó la integración del Sector Cultura, Recreación y Deporte disponiendo que la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte es la cabeza del Sector Cultura, Recreación y Deporte y que la Fundación Gilberto Alzate Avendaño era un establecimiento público adscrito a aquélla.

Asimismo, relata en sus antecedentes que la Fundación Gilberto Alzate Avendaño se creó en 1970 como un establecimiento público mediante Acuerdo 12 de 1970 y que la Junta Directiva de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, mediante Acuerdo 2 del 11 de mayo de 1999 adoptó los estatutos de la Entidad y dispuso en el literal e del artículo 7º que era función de la Junta Directiva *"fijar la planta de cargos, la nomenclatura y clasificación de los empleos, la escala de remuneración de las diferentes categorías de empleos, los emolumentos de los funcionarios de la entidad.."*

Continúa señalando en su consulta que mediante Acuerdo 7 de 2004 la Junta Directiva estableció el régimen salarial de los empleados públicos de la Fundación, para lo cual transcribe el aparte pertinente.

Por último señala que, en virtud de la reforma administrativa del Distrito Capital y el proceso de implementación de la misma, la Fundación asume la ejecución de las acciones en las áreas plásticas, artes escénicas y literatura, para lo cual, la Dirección de la Fundación ha estimado procedente la creación de 3 cargos Directivos, 1 asesor para las áreas plásticas, escénicas, literarias y de planeación.

Así las cosas procedemos a absolver sus interrogantes en los siguientes términos:

A. EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA FUNDACIÓN GILBERTO ALZATE AVENDAÑO.

En aras de la claridad conceptual y dogmática sobre los interrogantes presentados, hemos visto necesario comenzar haciendo las siguientes precisiones:

1. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ESTABLECIMIENTO PÚBLICO FUNDACIÓN GILBERTO ALZATE AVENDAÑO.

Al respecto, se informa que el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos de la Fundación es el correspondiente para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Dentro de este contexto, el citado régimen es el consagrado conforme a la Constitución y la Ley 4 de 1992, por el Gobierno Nacional y se encuentra previsto en el Decreto Nacional 1919 de 2002.

Por último y como consecuencia jurídica de la violación del régimen de competencias en materia del régimen prestacional, es del caso recordar el contenido del artículo 10º de la Ley 4 de 1992:

"Artículo 10º.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos"

En ese orden de ideas, la Junta Directiva de la Fundación no tiene competencia para establecer o modificar el régimen prestacional de sus empleados públicos, pues el mismo está contenido exclusivamente en el Decreto 1919 de 2002, como consecuencia de la competencia constitucional del Gobierno Nacional para definir el Régimen Prestacional de los empleados públicos territoriales.

Debe igualmente anotarse que los componentes del régimen salarial de los empleados públicos que tengan efectos prestacionales, son los definidos por el Gobierno Nacional y esclarecidos en la Circular 1 de 2002, modificada por la Circular 13 de 2005, ambas emitidas del Departamento Administrativo de la Función Pública, sin que en este aspecto haya competencia para la Junta Directiva de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño.

2. RÉGIMEN SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA FUNDACIÓN GILBERTO ALZATE AVENDAÑO.

Sea del caso comenzar clarificando que la competencia de la Junta Directiva transcrita en la consulta, prevista en el Acuerdo 2 de 11 de mayo de 1999 expedido por aquélla, es necesario darle una lectura a la luz de la normatividad vigente, el cual señala que le corresponde a aquélla:

"fijar la planta de cargos, la nomenclatura y la clasificación de los empleos, la escala de remuneración de las diferentes categorías de empleos, los emolumentos de los funcionarios de la entidad..."

En efecto, en primer lugar, conforme a la Constitución Política de 1991, le corresponde a las corporaciones públicas territoriales, asambleas o concejos municipales y distritales, determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y a los gobernadores y alcaldes municipales y distritales fijarle sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.

Competencia ésta que debe entenderse a su vez de manera limitada y concurrente a la establecida en la Constitución de 1991, para el legislador[116], de fijar una norma general a la que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de los empleados públicos del orden territorial[117], lo cual tiene como finalidad establecer el equilibrio y unificación del sistema en el marco de la autonomía administrativa de las entidades territoriales.

En segundo lugar, el sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos públicos, aplicables en este caso a Bogotá, D.C, y sus entidades descentralizadas, es de reserva legislativa, conforme a lo previsto en la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 785 de 2005, por lo cual deberá hacerse el ajuste respectivo al Acuerdo 2 del 11 de mayo de 1999, expedido por la Junta Directiva del Fundación en cuanto a su competencia de fijar la nomenclatura y clasificación de sus empleos.

En efecto, establecido por el legislador el Sistema de Nomenclatura y Clasificación y Funciones y de Requisitos Generales de los empleos de las Entidades Territoriales, mediante el citado Decreto Ley 785 de 2005, se dispuso en el artículo 33 Transitorio que *"las autoridades territoriales competentes, en un término no superior a 12 meses, contados a partir de la vigencia del presente Decreto Ley procederán a modificar las plantas de personal para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación".*

En desarrollo de tales disposiciones, el Concejo de Bogotá, D.C., mediante Acuerdo 199 del 29 de diciembre de 2005 "Por el cual se ajusta la Escala Salarial de los Empleos Públicos del Sector Central de la Administración Distrital para dar cumplimiento al Decreto Ley No. 785 de 2005 y se dictan otras disposiciones" señaló, en el artículo 6º, lo siguiente:

116 Constitución Política. Artículo 150, numeral 19, literal e

117 Ley 4 de 1992, artículo 12.

ARTICULO 6o.- Para todas las Entidades y Organismos Distritales, el establecimiento o modificación de las plantas de empleos permanentes o temporales, estructuras organizacionales, vinculación de supernumerarios, deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital. Se exceptúa de la aplicación de este artículo las plantas de empleados docentes de la Secretaria de Educación Distrital y la Universidad Distrital.

Parágrafo: El establecimiento o adopción de las escalas salariales o su modificación por parte de las Juntas Directivas de las entidades pertenecientes al Sector Descentralizado, deberán contar con el Concepto Técnico favorable del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital"

(SE RESALTA)

Así las cosas, las Juntas o Consejos Directivos, conforme al Acuerdo antes dicho, deberán planificar y adoptar las escalas de remuneración de sus empleados públicos respetando los límites del Gobierno Nacional y el de las escalas de remuneración y emolumentos fijados por el Concejo Distrital y el Alcalde Mayor.

En consecuencia, si, por ejemplo, el Concejo de Bogotá, D.C, establece una prima técnica del 50% para los niveles directivo y asesor y 40% para el nivel profesional, la Junta Directiva no puede sobrepasar esta remuneración establecida para los empleados del Sector Central, la cual se convierte en un marco referencial que deben observar, ya que la adopción de la misma es competencia propia del Concejo de Bogotá, D.C.

Así las cosas tenemos que las escalas salariales y demás factores que conforman la remuneración de los empleados públicos de Bogotá, D.C., y sus montos correspondientes se han fijado por el Concejo de Bogotá, D.C, mediante los siguientes acuerdos distritales:

- Asignación básica mensual para el año 2006, límite máximo fijado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 398 de 2006.
- Prima técnica y gastos de representación: Acuerdo Distrital 199 del 29 de diciembre de 2005 y demás normas concordantes.
- Prima de antigüedad, artículo 10 del Acuerdo Distrital 6 de 1986.
- Viáticos, Decretos Nacional 398 y 399 de 2006 el cual señala el límite máximo y escalas para este emolumento para los empleados públicos territoriales.
- Auxilio de transporte, es fijado anualmente por el Gobierno Nacional.
- Subsidio de alimentación, Acuerdo 3 de 1999.
- Horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos, artículo 4º del Acuerdo 3 de 1999.
- Prima semestral, Acuerdos Distritales 25 de 1990.

- Bonificación por servicios prestados, Acuerdo 92 de 2003 y Decreto 372 de 2006.
- Prima secretarial, Acuerdo Distrital 92 de 2006.
- Reconocimiento por coordinación, Acuerdo 92 de 2006.

Lo anterior, toda vez que el Gobierno Nacional ha advertido que ejercerá prontamente su competencia de fijar los límites máximos salariales de los empleados públicos de las entidades territoriales, y nosotros hemos venido trabajando una propuesta para todos los empleados del Distrito Capital, a luz de las escalas de remuneraciones adoptadas por el Concejo de Bogotá, D.C, con lo cual se garantizaría el menor traumatismo para la Administración y los empleados públicos al momento de fijar tales límites.

Por último y como consecuencia jurídica de la violación del régimen de competencias en materia del régimen salarial, es del caso recordar el contenido del citado artículo 10º de la Ley 4 de 1992.

"Artículo 10º.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, de carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos"

B. OBJETO DE LA CONSULTA.

Esclarecido lo anterior, procederemos a resolver sus interrogantes en el orden por usted planteado.

1. **¿En los casos de creación de nuevos cargos, pueden las juntas directivas de los establecimientos públicos reconocer, en el mismo acto, todos los factores salariales, esto es, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, y los demás previamente establecidos para los funcionarios de planta de la entidad?**

En primer lugar, para la modificación de las plantas de personal, en este caso, la creación de los nuevos cargos, es necesario obtener previamente el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y viabilidad presupuestal, conforme al citado Acuerdo 199 de 2005 y el parágrafo primero del artículo 16 del Decreto Distrital 535 de 2006, armónicos con el artículo 52 del Decreto Distrital 714 de 1996.

En segundo lugar, una vez creados los cargos no es necesario que en el acto de creación de los mismos se disponga el reconocimiento de los factores salariales que aplicarían a ellos, ya que éstos se entienden incorporados en la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos de la Fundación, conforme a los acuerdos de la Junta Directiva, por medio de los cuales se adoptaron las escalas de remuneración y demás factores salariales para los empleos de la entidad.

En todo caso, si se quisiera, para mayor claridad, dejar este aspecto, expreso en el acto administrativo de creación de los cargos, no tendría inconveniente alguno.

2. ¿En el mismo sentido, pueden las juntas directivas modificar los gastos de representación y prima técnica, previo estudio técnico?

En primer lugar, para la modificación de estos factores, es necesario obtener el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y viabilidad presupuestal, conforme citado Acuerdo 199 de 2005 y el parágrafo primero del artículo 16 del Decreto Distrital 535 de 2006, armónicos con el artículo 52 del Decreto Distrital 714 de 1996.

En segundo lugar y conforme a lo explicado en el acápite 2 de la primera parte del presente documento, las juntas o consejos directivos, conforme al Acuerdo 199 de 29 de diciembre de 2005, deben planificar y adoptar las escalas de remuneración de sus empleados públicos, respetando los límites del Gobierno Nacional y de las autoridades distritales.

En efecto, como antes se anotó, pero por claridad, debe reiterarse, conforme a la Constitución Política de 1991, le corresponde a las corporaciones públicas territoriales, asambleas y concejos municipales y distritales, determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y a los gobernadores y alcaldes municipales y distritales, fijarle sus emolumentos, con arreglo a los acuerdos distritales correspondientes.

Cualquier inquietud adicional con gusto la atenderemos.

Atentamente,

MANUEL AVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

LUIS EDUARDO SANDOVAL ISDITH
Subdirector de Estudios E

Copia Información: Dra. Mariela Barragán Beltrán
Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Dra. Gladys Mora Serrano
Directora de Desarrollo Institucional - Secretaría General

Proyectaron: Camilo José Orrego Morales/Matilde del Carmen Murcia Celis

Radicado de salida 2-2007-15073 30/03/07
Dependencia 2214200
Bogotá D. C.,

Doctor
OSCAR RAMÍREZ MARÍN
Secretario General
Unidad Administrativa Especial Catastro Distrital
Ciudad

Asunto: Petición – Aplicabilidad del Acuerdo 276 de 2007 (Reconocimiento por Permanencia en el Servicio)

Radicación 1-2007-10018 y 1-2007-11354

Cordial saludo doctor Ramírez:

He recibido la petición del asunto, referente al pago del reconocimiento por permanencia en el servicio público para empleados públicos del Distrito Capital, al respecto es necesario tener en cuenta lo siguiente.

MARCO LEGAL

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

El artículo 19 del Decreto 2400 de 1968 prescribe:

"Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año, continuos o divididos. Si concurre justa causa, a juicio de la autoridad nominadora, la licencia puede prorrogarse hasta por treinta (30) días más.

Cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la autoridad nominadora decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

Durante la licencia los empleados no podrán ocupar otros cargos dentro de la administración Pública. Esta licencia no se computará para ningún efecto como tiempo de servicio".

Por su parte, el artículo 61 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 prescribe:

"Los empleados tienen derecho a licencia ordinaria a solicitud propia y sin sueldo, hasta por sesenta (60) días al año, continuos o discontinuos. Si ocurre justa causa a juicio de la autoridad competente,

la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días más."

Ahora bien, la Circular 010 de 2006 sobre el cómputo de días para las licencias no remuneradas expedidas por la Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Secretaría General de la Alcaldía Mayor, prescribe:

"La naturaleza de la licencia ordinaria es permitir que el servidor público se aparte en forma temporal de sus funciones, sin que la administración sufra perjuicio de carácter económico y sin que la relación laboral se acabe.

Además de permitirle a la Administración la facultad de garantizar la continuidad del servicio, supliendo en forma temporal la vacante dejada por el servidor en licencia. Cabe anotar que dicho termino de licencia no puede ser computable para ningún efecto como tiempo de servicio."

MARCO JURISPRUDENCIAL

Sobre las licencias, la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-558 de 1994 consideró lo siguiente:

"La licencia, es una de las situaciones administrativas en las que se puede encontrar un empleado del sector público, y consiste en la separación temporal de las funciones laborales que habitualmente ejerce o, lo que es lo mismo, el retiro transitorio del cargo que ocupa en determinada entidad del Estado, sin que por ello cese su vínculo laboral con la empresa u órgano estatal respectivo.

En cuanto atañe a los servidores públicos, las licencias son de distintas clases, a saber: remuneradas y no remuneradas. También las hay, atendiendo a otros criterios, por enfermedad profesional, por enfermedad no profesional, por maternidad, por estudios, por pasar a desempeñar otro cargo dentro del mismo sector, por decisión propia del empleado, etc.

Durante el término que dure dicha licencia el empleado no pierde su calidad de servidor público, pues sigue ligado laboralmente a la entidad a la cual presta sus servicios y, dependiendo de la clase de licencia, como ya se anotó, tiene o no derecho a continuar percibiendo su remuneración y las prestaciones sociales a que haya lugar.

Si durante el periodo de licencia no se pierde el status de empleado público, es apenas lógico que sigan siendo aplicables a quienes gozan de ese derecho, las normas que regulan la función pública..." (Subrayas fuera de texto).

De las normas antes expuestas y de la jurisprudencia referida se establece que la licencia no remunerada es una situación administrativa en la cual se puede encontrar un servidor público por solicitud propia que no rompe el vínculo laboral y cuya consecuencia es para el servidor la no prestación del servicio y por parte de la Administración el no pago de los salarios y de las prestaciones sociales durante su término.

Una vez finalizada la licencia el servidor público debe reintegrase al ejercicio de sus funciones tal como lo señala el artículo 72 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y en consecuencia se reanuda la prestación del servicio y continua contándose el tiempo de vinculación a la entidad pública respectiva.

RECONOCIMIENTO POR PERMANENCIA

El artículo 2 del Acuerdo 276 del 27 de febrero de 2007,"Por el cual se crea un Reconocimiento por Permanencia en el Servicio Público para Empleados Públicos del Distrito Capital" consagra:

> *"El Reconocimiento por Permanencia es una contraprestación directa y retributiva, y se pagará por primera vez a los empleados públicos que a 31 de diciembre del año 2006 hayan cumplido cinco (5) años o más de servicio ininterrumpido, en los organismos y entidades a que hace referencia al Artículo 3º del presente Acuerdo.*
>
> *Para este primer pago, los últimos cinco (5) años deben haber sido laborados a partir de 1 de enero del año 2002.*
>
> *Este Reconocimiento en adelante se hará a los empleados públicos cada vez que cumplan de forma ininterrumpida cinco (5) años de servicios a los organismos y entidades a que se refiere el artículo 3º del presente Acuerdo, contados a partir del primer reconocimiento". (Subrayas fuera de texto).*

La norma que regula el Reconocimiento por Permanencia señala que un servidor público del Distrito Capital tendrá derecho a este elemento salarial siempre y cuando hubiese laborado a su servicio de manera ininterrumpida por cinco años, es decir que no se haya roto el vínculo laboral en ese tiempo o si se ha roto que no haya transcurrido más de 15 días entre la fecha de retiro y la nueva vinculación (art. 6 del Acuerdo 276 de 2007)

Con base en lo anterior procedemos a dar respuesta a las preguntas formuladas:

1. ¿Que efectos tiene la licencia no remunerada sobre la permanencia ininterrumpida, requisitos para cancelar este reconocimiento?

Para efectos del reconocimiento por permanencia la licencia no remunerada produce como efecto que el tiempo de duración de la misma deberá ser compensado por el servidor público a fin de completar los cinco años de servicio, toda vez que durante la vigencia de la misma su tiempo no es computable para ningún efecto como tiempo de servicio.

Es decir, que este derecho se continua causando con posterioridad a la fecha en que el empleado público regrese a sus labores, luego de culminada la licencia.

2. ¿Los funcionarios que durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, disfrutaron de una o varias licencias no remuneradas, tienen derecho a este reconocimiento?

Dichos funcionarios adquirirán el derecho a este reconocimiento cuando completen los cinco años de servicios, compensando el tiempo de duración de las respectivas licencias.

3. ¿El pago de este reconocimiento debe ser precedido de solicitud del servidor público?

El artículo 5 del Acuerdo 276 de 2007 prescribe: "El valor del Reconocimiento por Permanencia al que el empleado público haya tenido derecho, será otorgado y cancelado por primera vez dentro del mes siguiente a la sanción del presente Acuerdo para quienes a 31 de diciembre de 2006 hayan cumplido cinco (5) años o más de servicio continuo prestado, y en adelante para quienes a 31 de diciembre del año 2007 hayan cumplido cinco (5) años de servicio continuo se les cancelará en enero de 2008 y así sucesivamente..." (Subrayas fuera de texto)

En consecuencia para acceder a este reconocimiento no se requiere petición del interesado.

En estos términos damos respuesta a su solicitud, cualquier inquietud al respecto estaremos atentos en atenderla.

Cordial Saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

C. Información: Dra. **Alba Lucía Bastidas Meza**. Jefe Oficina Asesora Jurídica. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Carrera 30 No. 24-90 Piso 9
Sr. **Lucas Álvarez Méndez.** Auxiliar Administrativo. Dirección de Gestión Corporativa Secretaría Distrital de Ambiente. Carrera 6 No. 14 - 98 Piso 2

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros
Revisó: Manuel Ávila Olarte y Luis Eduardo Sandoval Isdith

Radicado de salida 2-2007-45567 23-08-07

Bogotá D.C.,

Doctor
FERNANDO VERGARA GARCIA-HERREROS
DIRECTOR GENERAL
FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES
Cra 35 N° 26 A -10
Ciudad.

ASUNTO: PROCEDENCIA LEGAL PARA DETERMINAR LA VIABILIDAD DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA DIFERENCIA SALARIAL COMO CONSECUENCIA DE UN ENCARGO CUANDO LA TITULAR DEL CARGO SE ENCUENTRA EN INCAPACIDAD- Concepto. RAD. 1-2007-13825 y 2007EE75201FONCEP

Respetado doctor Vergara:

En atención a su solicitud de concepto relacionado con la procedencia legal para ordenar el pago de la diferencia salarial reclamada por una funcionaria de su Entidad, que desempeñó un cargo de mayor jerarquía mediante la figura de encargo mientras la titular del mismo se encontraba en incapacidad medica, es preciso anotar al respecto:

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El fundamento legal de las figuras de auxilio por enfermedad y el encargo, se encuentran previstas en las siguientes disposiciones:

AUXILIO POR ENFERMEDAD GENERAL

Para los empleados públicos existe un apoyo económico regulado en los artículos 18 del Decreto Ley 3135 de 1968 y el 9° del Decreto 1848 de 1969, referente al auxilio por enfermedad no profesional y a las prestaciones a las que tiene derecho el funcionario, determinando que la respectiva entidad de previsión social, le pagará durante el tiempo que dure la enfermedad, un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone acerca de las incapacidades por enfermedad general lo siguiente:

"206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras."

Igualmente el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto Nº 1406 de 1999 establece sobre el pago de los tres primeros días de incapacidad que:

"Parágrafo 1º. Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados."

REMUNERACION EN ENCARGO POR VACANCIA TEMPORAL

Ahora bien se entiende que hay encargo según las voces del artículo 34 del Decreto Nº 1950 de 1973 cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Así mismo el artículo 37 del referido Decreto 1950 de 1973 a letra dice:

"El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular".

El artículo 18 de la Ley 344 de 1996 dispone:

"**Artículo 18º.-** Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo."

Establecido el marco normativo sobre el tema es preciso anotar que, La Secretaría General de la Alcaldía Mayor expidió en diciembre 29 de 2004 la Directiva Nº 001 de 2004 mediante la cual aclaro algunas inquietudes en relación con la remuneración de los empleados en encargo concluyendo al respecto que: "... los servidores públicos que sean encargados tienen derecho a devengar los factores salariales asignados al cargo, siempre y cuando su titular no los esté devengando, exista disponibilidad presupuestal para ello y reúna los requisitos legales exigidos para acceder a éstos factores."

En relación con el tema plantea en términos generales la siguiente inquietud:

1.- La viabilidad legal para el reconocimiento y pago de la diferencia salarial solicitada por una funcionaria de la entidad, correspondiente al cargo de Jefe de la Oficina de Recursos Humanos, empleo en el que estuvo encargada desde el 23 de agosto de 2001 al 14 de abril de 2002, desde el 15 de mayo de 2002 hasta 30 de junio de 2002 y a partir del 2 de julio de 2002 hasta el 26 de noviembre de 2002, mientras la titular del cargo se encontraba en incapacidad por enfermedad general.

Para dar respuesta a la misma, nos permitimos manifestar lo siguiente:

Esta Dirección expone el marco legal y conceptual para que el operador jurídico aplique a la situación individual los preceptos al caso concreto, y determine dentro de las situaciones de hecho y de derecho el reconocimiento a que haya lugar.

Determinado lo anterior, es pertinente establecer de conformidad con las normas que regulan la materia los requisitos para que un funcionario encargado de un cargo de mayor jerarquía por ausencia temporal del titular tenga derecho al pago de la diferencia salarial asignada para ese cargo así:

1.- Que el titular del cargo no este recibiendo la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente.

2.- Que exista disponibilidad presupuestal para atender esas asignaciones.

3.- Que el funcionario encargado reúna los requisitos legales exigidos para acceder a los factores asignados al cargo que desempeña de manera temporal.

Ahora bien, cuando un funcionario se encuentra en incapacidad recibe por parte de la respectiva entidad de previsión social, durante el tiempo que dure la enfermedad, un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

En este punto es necesario establecer que el párrafo sexto del Decreto Reglamentario Nº 2463 de 2001dispone entre otros que, en caso de enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante la Junta de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la EPS, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Es decir que el incapacitado no esta percibiendo salario alguno durante el tiempo que dure esta situación administrativa, teniendo en cuenta de una parte que el subsidio monetario que recibe lo

paga la EPS donde se encuentra afiliado el empleado y de otra que el patrono no esta efectuando erogación que constituya emolumento para el incapacitado, por cuanto este tipo de conceptos no los recibe toda vez que como antes se anoto, lo que percibe es un subsidio.

II. CONSIDERACIONES

Es necesario diferenciar cuando se presenta vacancia temporal del cargo por incapacidad generada por enfermedad general dando lugar al encargo para desempeñar durante la misma el cargo vacante transitoriamente y los conceptos económicos derivados de dicha situación para el titular del cargo y para quien ejerce de manera temporal las funciones asignadas a dicho cargo.

Cuando hay vacancia temporal, por enfermedad general del titular del cargo como es el caso que nos ocupa, aún cuando no ha sido desvinculado de su cargo no recibe remuneración alguna, lo que sucede es que percibe un subsidio monetario durante el tiempo que dura la incapacidad que asume la EPS y no el empleador, es decir, se trata de una ausencia temporal, lo que da lugar necesariamente a un encargo temporal en donde el titular del cargo no esta recibiendo emonumento alguno como remuneración a los servicios prestados por cuanto no los ha efectuado. En este evento el servidor encargado puede recibir el excedente de la remuneración correspondiente al cargo temporal que está desempeñando, pues el titular no los percibe y en consecuencia ha dejado de devengarlos.

Igual situación se presenta en los casos de vacancia temporal por licencia no remunerada o por comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, en los cuales el titular del cargo no devenga los salarios y prestaciones sociales del empleo del cual es titular, y por consiguiente el encargado del mismo tendrá derecho a percibirlos.

A su vez, el encargo es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado superar las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo.

Se trata de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencias. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 18 de la Ley 344 de 1996, para tener derecho al sueldo del encargo, éste no debe ser percibido por el titular del empleo.

Si la entidad acude a la figura del encargo es con el fin de que el empleado asuma las funciones del cargo vacante temporal o definitivo, para no entorpecer el servicio y para continuar con las actividades que se desarrollan en la entidad.

Corrobora lo anterior, la Sentencia C-428 de 1997 proferida por la Corte Constitucional (Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996, actor Luís Antonio Vargas Álvarez y otros, Magistrados Ponentes Drs. José Gregorio Hernández

Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa, de fecha 4 de septiembre de 1997), la cual hace referencia al hecho de que un funcionario esté encargado de las funciones de otro cargo, veamos:

"Consideraciones de la Corte Constitucional:

"6. Los encargos

Consagra el primer inciso del artículo 18 acusado que los servidores públicos a quienes se encargue de asumir empleos, diferentes de aquéllos para los cuales fueron nombrados, cuando estuviere ausente su titular, no tienen derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo que desempeñan temporalmente, mientras el titular la esté devengando."

"...En relación con la situación administrativa "por encargo", la ley distingue entre aquel que tiene lugar por falta temporal o el que se presenta por falta definitiva."

"Sobre el particular, anota la Corte que el encargo aparece definido en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto-ley 2400 de 1968, el cual expresa:

"Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo". Por su parte, el artículo 23 del Decreto-ley 2400 de 1968, refiriéndose a la duración del encargo prescribe: "Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquélla y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales". Y el artículo 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, haciendo mención al sueldo durante el encargo señala: "El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular."

"Ahora bien, si el encargo opera para un empleado público y tiene por finalidad que éste asuma total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquel para el cual ha sido nombrado por ausencia temporal o definitiva de su titular, resulta pertinente determinar cuál de estas situaciones se presenta. Si se trata de una ausencia temporal, como la planteada en la norma que se analiza, el encargo se conferirá por el término de la misma; y si se trata de ausencia definitiva, el encargo no podrá exceder de tres

meses. En este último caso, ausencia definitiva, el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el cual ha sido encargado, pues por tratarse de vacancia definitiva de su titular, éste ha dejado de ocupar el cargo y, por tanto, también ha dejado de recibir el sueldo correspondiente."

"Tratándose de ausencia temporal, la cual genera el encargo temporal, la misma es por esencia transitoria y, por tanto, el encargo durará, como máximo, el término dispuesto para la ausencia definitiva cual es, según la norma anteriormente citada, de tres (3) meses. Obsérvese, que la ausencia temporal del empleado supone de todas maneras su vinculación en el cargo del cual es titular, aún cuando circunstancias de orden administrativo o de otro orden, no le permitan, transitoriamente, estar al frente del mismo. Por tanto, el hecho de seguir vinculado a su cargo original lo habilita para continuar recibiendo la correspondiente remuneración y las prestaciones sociales a que tenga derecho; de allí que el empleado encargado no pueda recibir la remuneración del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración pública por un mismo empleo y, además, una doble remuneración para el encargado, quien, dada la naturaleza excepcional y transitoria del encargo, en ningún momento deja de recibir el salario correspondiente al empleo que originalmente desempeña y al cual regresará luego de cumplido el encargo. En efecto, el empleado público, al variar su situación administrativa en aquella denominada encargo, tendrá derecho a recibir la remuneración del empleo en el cual ha sido encargado, "...siempre que no sea percibido por su titular" (art. 37 D.R. 1950 de 1973). (Negrilla fuera de texto)

"Así, permitir que quien desempeña un empleo por encargo temporal reciba la asignación del titular estando éste devengándola, contraviene lo dispuesto en los artículos 122 y 128 de la Constitución Política....".

El concepto No. 11 de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor emitido el 22 de septiembre de 2006 con radicación 2-2006-8211, es claro al afirmar que:

"Es pertinente abordar el estudio de la consulta manifestando que efectivamente la multiplicidad de interpretaciones que venían dando los diferentes organismos y entidades distritales al régimen salarial y prestacional de los servidores públicos en situación de "encargo", en especial la del Departamento Administrativo Distrital del Servicio Civil, que negaba a los funcionarios encargados el derecho a devengar cualquier factor salarial diferente al sueldo básico, dan lugar a que la Secretaría General expidiera la Directiva 01 del 29 de diciembre de 2004, con la cual se pretendía adoptar una posición unificada de la administración distrital sobre el asunto."

"En dicha Directiva se concluyó al respecto que: "... los servidores públicos que sean encargados tienen derecho a devengar los factores salariales asignados al cargo, siempre y cuando su titular no los esté devengando, exista disponibilidad presupuestal para ello y reúna los requisitos legales exigidos para acceder a éstos factores." (...)"

III. CONCLUSIONES

En consecuencia se atiende el interrogante planteado en la siguiente forma:

PREGUNTA:

Como quiera que el asunto presenta las distintas perspectivas de análisis, con toda atención solicitamos su valiosa colaboración para que por conducto del despacho a su cargo se emita un concepto jurídico que permita consolidar la posición institucional respecto del caso expuesto, en el marco de una adecuada decisión definitoria, en orden a determinar la viabilidad legal que pueda tener la solicitud de reconocimiento y pago de la diferencia salarial formulada por (...), frente al encargo que la misma desempeñó con ocasión de la incapacidad física de la respectiva titular.

RESPUESTA:

El titular de un cargo que se encuentre en incapacidad por enfermedad general recibe como antes se anoto por parte del respectivo empleador las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, y posteriormente el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general mediante un subsidio en dinero de conformidad con las normas legales anotadas.

Dentro de este contexto el titular del cargo a partir del cuarto día de incapacidad no recibe emolumento alguno por concepto de salario o prestaciones sociales por cuanto recibe por parte de la EPS al cual se encuentra afiliado, un subsidio monetario por incapacidad durante el tiempo que dure el máximo tiempo de la misma, pasado el cual será pensionado por invalidez y por ende retirado del servicio por ser esta situación una de las causales de retiro.

Por consiguiente si el titular del cargo no esta percibiendo las asignaciones derivadas del cargo, el funcionario encargado del mismo puede percibir la diferencia salarial del cargo que desempeña transitoriamente teniendo en cuenta que su titular no los esta devengando, exista disponibilidad presupuestal para ello y reúna los requisitos legales exigidos para acceder a éstos factores.

Es de anotar que el operador jurídico es quien debe verificar y analizar si se efectuaron las reclamaciones en tiempo y no opero el fenómeno de la prescripción y las fechas exactas cuando la EPS asumió las incapacidades para efectuar los reconocimientos a que haya lugar.

En los anteriores términos se absuelve la inquietud al respecto.

Cordialmente,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia información: Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, Oficina Asesora Jurídica.-Carrera 30 No. 24-90. Piso 9º

Proyectó: Matilde Murcia Celis
Revisaron: Camilo José Orrego Morales y Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

OAJ -1662

Bogotá, D.C. 13 DE JUNIO DE 2007

Doctor

JOSE EDILBERTO CARVAJAL

Asesor Talento Humano

Hospital Centro Oriente II Nivel

Diagonal 34 No. 5- 43 barrio La Merced

Bogotá, D. C.

ASUNTO: 1502-07/

Apreciado doctor Carvajal:

Damos atenta respuesta a su solicitud de la referencia, radicada en este Departamento bajo el No.1502 del 31 de mayo de 2007, en los siguientes términos:

PREGUNTA:

Como se liquidan y pagan los recargos nocturnos, horas extras, dominicales, festivos y el disfrute de compensatorios?

RESPUESTA:

Respecto de la jornada laboral y compensatorios, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, consagra: "De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales.

Dentro del límite fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras".

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras".

El literal e) del artículo 36, ibídem, indica: "Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho (8) horas extras de trabajo".

El artículo 39, ibídem, señala: "DEL TRABAJO ORDINARIO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicios por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual o permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual. (...)".

El Acuerdo 14 de 1999, "Por medio del cual se dictan disposiciones en materia salarial para las distintas categorías de empleos de las Empresas Sociales del Estado, en su artículo 5º, señala: "HORAS EXTRAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Para que se proceda a la remuneración por concepto de horas extras laboradas o al reconocimiento de sus correspondientes compensatorios, el empleo debe pertenecer al nivel administrativo, técnico o auxiliar.

En ningún caso las horas extras tienen el carácter permanente salvo excepción justificada por el ordenador del gasto.

En ningún caso se pagará mensualmente por concepto de horas extras dominicales y festivos, más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica asignada al empleo". (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien para efecto de determinar la procedencia del reconocimiento de compensatorios, es preciso establecer cual es la jornada laboral y sobre el particular la Secretaría de Salud expidió la Circular No 0018 del 19 de febrero de 1999, en la cual señala: "(...) 1.¿ CUAL ES LA JORNADA DE TRABAJO EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO?

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, las asignaciones básicas fijadas en las escalas de remuneración a que se refiere ese decreto, corresponden a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En todo caso, la jornada semanal de trabajo debe ser equivalente a 44 horas semanales, para quienes trabajan por jornadas diarias o hasta 66 horas semanales para quienes laboran por turnos.

El trabajo habitual se desarrolla de lunes a sábado inclusive, ya sea por jornada diaria o por el sistema de turnos. El Gerente de la Empresa Social del Estado, puede compensar la jornada del sábado con tiempo adicional de labor en los otros días de la semana, sin que esto constituya tiempo suplementario o de horas extras, el trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

La Ley 269 de 1996 establece que la jornada del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las instituciones prestadoras de servicios de salud, podrá ser, máximo de doce

(12) horas diarias, sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera que sea la modalidad de vinculación.

A los trabajadores que desarrollan actividades de carácter administrativo les es aplicable el Decreto Ley 1042 de 1978, en lo relacionado con las cuarenta y cuatro (44) horas de jornada máxima de trabajo, conforme a las necesidades del servicio.

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1042 de 1978 y la Ley 269 de 1996, el horario de trabajo en las Empresas Sociales del Estado será establecido por el Gerente, acorde con lo dispuesto en el reglamento interno de trabajo y según las necesidades del servicio, tanto para el personal que labora en jornadas diarias, como para quienes lo hacen por turnos.

Adicionalmente, se establecerán los turnos con el personal disponible para tal fin, sin perjuicio de la disponibilidad permanente del personal vinculado a la entidad, garantizando la prestación del servicio esencial de salud de forma permanente.

Hasta donde sea posible, el horario de trabajo y los turnos a desarrollar deben establecerse como fruto de la concertación entre todo el personal de la entidad, distribuyendo las cargas de forma equitativa entre los funcionarios, siempre dentro del marco de la Constitución y la Ley, sin permitir la renuncia a derechos laborales tales como la hora del almuerzo, pero sin pretender desconocer el texto de las normas.

Las reclamaciones eventuales en relación con posibles derechos adquiridos, deberán presentarse y estudiarse de forma individual, teniendo en cuenta las situaciones planteadas por el trabajador, la prevalencia del interés general sobre el particular y la premisa según la cual la costumbre no hace ley. (...)

3. ¿QUIENES TIENEN DERECHO A REMUNERACIÓN POR TRABAJO SUPLEMENTARIO O COMPENSATORIO?

Para tener derecho al reconocimiento y pago de horas extras se deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar previamente autorizado por autoridad competente.
2. Responder a la exigencia de servicios estrictamente necesarios e indispensables para asegurar el cumplimiento de los fines de la institución.
3. No rebasar el límite de horas diarias aquí dispuesto.

Para el reconocimiento de los días compensatorios, se debe tener en cuenta si el trabajo es ocasional o habitual.

El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al

doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor.

Cuando el trabajo es habitual, se tiene derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.(...).

Para el Distrito Capital lo anterior se encuentra desarrollado por los Acuerdos 30 de 1996 y 32 de 1997, por lo tanto, dicha situación es de cumplimiento obligatorio para todos los funcionarios.

De otra parte, es pertinente hacer alusión al concepto emitido por la Secretaría Distrital de Salud, mediante oficio No 187806 del 21 de diciembre de 1998, el cual sobre el trabajo habitual en dominicales y festivos, indica:

"(...) CONSIDERACIONES JURÍDICAS

ACUERDO DISTRITAL 30 DE 1996

ARTÍCULO 7º. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS.- Para que se proceda al reconocimiento y pago de horas extras y de dominicales y festivos o el reconocimiento de descansos compensatorios, el empleado debe pertenecer al nivel auxiliar, asistencial o técnico.

En ningún caso las horas extras tienen carácter permanente, salvo excepción justificada por el ordenador del gasto.

En ningún caso se pagará, mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario."

CIRCULAR 067 DEL 6 DE NOVIEMBRE DE 1997 DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

"Así mismo cuando se realice trabajo en forma habitual en los días74 dominicales y festivos, deberá reconocerse el descanso en un día compensatorio, que para tal efecto se deberá disfrutar sin menoscabo del pago de los recargos a que haya lugar, en los términos establecidos en las normas legales".

Finalmente, respecto de la definición de lo que constituye la figura del DESCANSO COMPENSATORIO, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 8 de octubre de 1986, expresó: ".Lo que la ley pretende, es que el trabajador que recibe un sueldo, habiendo a su vez trabajado la semana completa, reciba de todas maneras en otro día distinto un descanso compensatorio que por otro lado ya se remuneró de antemano..."

PREGUNTA:

Es procedente cancelar a los diferentes niveles horas extras, incluyendo del nivel profesional?

RESPUESTA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Acuerdo 14 de 1999, para que proceda la remuneración por concepto de horas extras laboradas o el reconocimiento de sus correspondientes compensatorios, "(...) el empleo debe pertenecer al nivel administrativo, técnico o auxiliar.(...)". Cabe anotar, que el nivel administrativo y auxiliar, por disposición del Decreto 785 de 2005, corresponde hoy al nivel asistencial.

Con fundamento en lo anterior, no sería viable el reconocimiento de horas extras, dominicales, festivos ni compensatorios al nivel profesional ni a otros niveles diferentes a los enunciados en la disposición en cita.

El presente concepto se expide de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 del Decreto 01 de 1984, (C. C. A.).

Cordialmente,

(hay firma)

ALBA LUCIA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Alba Lucia Bastidas Meza

Bogotá, D. C. 30 AGO 2007

Señor

GREGORIO RODRIGUEZ ORDOÑEZ

E Mail: grerodo@hotmail.com

Carrera 87 A No. 19-A 66

Bogotá, D. C.

ASUNTO: 2267 -07/ Viabilidad de Comisión para empleo provisional

Apreciado señor Rodríguez:

Damos atenta respuesta, al asunto de la referencia en los siguientes términos:

El artículo 125 de la Constitución Política, consagra: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. *Se exceptúan los de elección popular,* los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)".(Subrayas fuera del texto).

El artículo 260, ibídem, establece: "Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale". (Subrayas fuera del texto).

La Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en concepto 076 de abril 30 del año 2004, sobre la naturaleza del cargo de edil, expresó: *"Los ediles de las juntas administradoras locales, como integrantes de estas Corporaciones Públicas son servidores públicos conforme a lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Nacional, no tienen, sin embargo, la categoría de empleados públicos, a los que se refiere el artículo 122 de la Carta Política, pues éstos últimos son vinculados por una relación legal y reglamentaría, al paso que aquellos ostentan su investidura en virtud de una elección popular, aún cuando tienen en común que, unos y otros están al servicio del Estado y de la comunidad. Ese decir, los empleados públicos son una categoría de los servidores públicos, así como también lo son los trabajadores oficiales, los de las entidades descentralizadas territoriales y por servicios y los miembros de las corporaciones públicas".*

El artículo 75 del Decreto 1950 de 1973, sobre la situación administrativa de las comisiones, consagra: "El empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual

de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular".(Subrayas fuera del texto).

El artículo 77 , ibídem, estipula: "Solamente podrá conferirse comisión para fines que directamente interesen a la administración pública".

El artículo 26 de la Ley 909 de 2004, sobre la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, dispone: "Los empleados de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática. (...)". (Subrayas fuera del texto)

El artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, consagra: "Cuando un empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el Jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo con el fin de preservarle los derechos a la carrera.

Es facultativo del jefe de la entidad otorgar comisión a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período cuando su última calificación de servicios haya sido satisfactoria sin alcanzar el nivel de excelencia".(Subrayas fuera del texto)

El parágrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 3820 del 2005, expresa: "La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de seis (6) meses, salvo cuando por circunstancias debidamente justificadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil ésta autorice su prorroga hasta que se supere la circunstancia que dio origen a la misma. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante. (...)". (Subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional, en sentencia C-733 del 2005, manifestó: *"(...). Ahora bien, en lo que concierne a la provisionalidad, entendida esta como una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de*

carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrado en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera[10]; (ii) para efectos de autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil[11]; (iii) la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad[12]; (iv) más sin embargo, por tratarse de una situación administrativa excepcional debe prolongarse por el tiempo necesario para que, de acuerdo con ese régimen de carrera, éste sea desempeñado por una persona que se ha sometido a todo el proceso de selección previo al ingreso o por un funcionario de libre nombramiento y remoción, si el cargo es de esa naturaleza[13]. En suma, en los términos de la sentencia C- 077 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, "Con el fin de evitar que el nombramiento provisional pierda su atributo de temporalidad y se convierta en permanente, dejando de ser tal, y que vulnere el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, lo mismo que el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones, el legislador debe establecer límites y condiciones para su utilización (...)".

Con fundamento en las disposiciones normativas y sentencias transcritas, absolvemos su interrogante, previo resumen de la misma, en los siguientes términos:

PREGUNTA:

Un empleado público que se encuentra vinculado como provisional en un empleo de carrera administrativa en una entidad del Distrito Capital, puede solicitar una comisión de servicios, para posesionarse como edil?.

RESPUESTA:

Teniendo en cuenta su consulta, es necesario precisar que de conformidad con lo dispuesto los artículos 75 y 77 del Decreto 1950 de 1973, la comisión de servicios sólo podrá otorgarse por la administración cuando se trate de que el empleado público ejerza temporalmente las funciones propias del cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o para que atienda transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes del empleo del cual es titular, y que sean de interés directo para la administración pública.

Como quiera que la justificación legal que esgrime la administración para la vinculación del empleado público como provisional esta dada por estrictas razones de la necesidad del servicio, hasta tanto

se surtan los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en ascenso en la entidad, consideramos que no es procedente que la administración acceda al otorgamiento de una comisión de servicios al empleado público vinculado como provisional, para que asuma la condición de edil en una junta administradora local.

Además, atendiendo al hecho que los empleados públicos nombrados en provisionalidad para desempeñar empleos de carrera administrativa, no acceden a éstos empleos mediante concurso de méritos, ni son sujetos de evaluación del desempeño y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 909 de 2004 y 43 del Decreto 1227 de 2005, no tendrán derecho a que se les otorgue comisiones para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, como sería en su caso, para asumir la investidura de edil; como quiera que sólo son beneficiarios de éstas preceptivas, los empleados públicos de carrera administrativa que obtengan una evaluación del desempeño sobresaliente y que sean nombrados en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, evento en el cual tendrán derecho a que el Jefe de la entidad a la cual se encuentre vinculado le otorgue, mediante acto motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo con el fin de preservarle los derechos a la carrera.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984. (C. C. A.).

Atentamente,

(Hay firma)

ALBA LUCIA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: MIGUEL ANTONIO CHIA RODRÍGUEZ

Bogotá, D. C, 4 SET. 2007

Doctora
IVONN LILIANA LÓPEZ MARTÍNEZ
Profesional Universitario
Área de Talento Humano
Unidad Administrativa Especial
Cuerpo Oficial de Bomberos
Cra. 9ª Nº 61-77
Email: ivonnliliana@gmail.com
Bogotá, D. C.

Asunto: Viabilidad Pago Horas Extras a Bomberos por asistencia a Capacitación.

Referencia: 2344-28-08-07

Apreciada doctora Ivonn Liliana:

Atendiendo su solicitud del asunto, remitida vía email, y radicada en este Departamento bajo el número 2344 del 28 de agosto de 2007, y como quiera que idéntica consulta formuló el Presidente del Sindicato Nacional de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales "SINALSERPUB", la cual le fue atendida mediante el oficio 2309 del 30 de agosto de 2007, cuyo tenor literal, en lo pertinente, es el siguiente:

"(...) ASUNTO: 2236-07/ Reconocimiento de horas extras a bomberos por asistencia a capacitación.

Damos atenta respuesta a la consulta contenida en el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

El artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, sobre la jornada de trabajo preceptúa: "La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales (...).

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del

sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El artículo 34, ibídem, dispone: "De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6: 00 p.m. y las 6: 00 a. m del día siguiente

Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6:00 p. m completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo. (...)". (Subrayas fuera del texto)

El artículo 35, ibídem, consagra: "De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante éstas últimas se remunerarán con el recargo del treinta y cinco por ciento, (...)". (Subrayas fuera del texto)

El Consejo de Estado en sentencia del 4 de mayo de 1990, expresó: *"(...). Para la sala, la relación laboral de algunos servidores públicos que trabajan en entidades que por su naturaleza y fines deben prestar determinados servicios que interesan a la comunidad y que hacen relación, especialmente con la tranquilidad ciudadana, el orden público, la salubridad y seguridad de las personas, no puede someterse a una jornada de labores con límite específico de tiempo, toda vez que tales servicios deben prestarse ininterrumpidamente. De ahí que, en virtud de los reglamentos internos de dichas instituciones, se establezca la disponibilidad permanente de las personas encargadas de prestar esos servicios, como única manera de poder atender en forma eficaz y eficiente las situaciones que se presenten en cualquier momento y que hagan menester la prestación inmediata del servicio a ellas encomendado. Tal sucede entre otros, respecto del personal del Ministerio de Defensa, del Departamento Administrativo de Seguridad, del Departamento de Bomberos de las distintas localidades, cuya finalidad, como lo precisa el artículo 36 del Código Nacional de Policía, es la extinción de incendios, estatuto que cataloga acertadamente a esa actividad como un servicio de policía que puede prestarse por organizaciones privadas o de cargo del tesoro local, con miras a la protección del orden público interno y que como tal, no puede sufrir interrupción en su prestación".*(Subrayas fuera del texto).

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en pronunciamiento del 9 de marzo de 2000, Radicación No. 1254, sobre recargos nocturnos, expresó: *"(...) El jefe del organismo, según las necesidades del servicio, está facultado para establecer el horario de trabajo y la modalidad de las jornadas conforme a las cuales debe prestarse el servicio. Por tanto, no existe derecho adquirido a un horario o jornada determinados. En punto al cargo, se estará a la denominación del mismo en el acto de nombramiento respectivo y a las funciones señaladas en la ley o el reglamento. La modalidad de la jornada y el horario corresponde asignarlos al jefe del organismo*

La jornada de trabajo es una de las condiciones de la relación laboral y, por tanto, está sometida a lo que en la materia disponga la ley pues hace parte del ejercicio de la función pública.

Jornadas ordinarias nocturnas y mixta

La jornada de trabajo puede ser diurna o nocturna o puede incluir las dos modalidades, en la denominada mixta. Por lo mismo, el trabajo suplementario - aquél que excede la jornada ordinaria -, también puede ser diurno o nocturno.

La jornada ordinaria nocturna está definida en el Decreto 1042 de 1978 en forma separada para diferenciarla de las horas extras y así otorgarle un tratamiento y pago también diferentes. Conforme al artículo 34, es aquella que de manera habitual empieza y termina entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente. Así, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual. No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6:00 p.m. completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

El pago de la jornada nocturna sólo requiere que el servicio se preste de manera "ordinaria o permanente" en el horario nocturno, independientemente del nivel jerárquico del empleo. Se resalta que esta modalidad de jornada no es dable compensarla en tiempo de descanso. Por el contrario, si el servicio se presta de manera excepcional en dicha jornada, su pago se hace de conformidad con el régimen de las horas extras.

La jornada mixta, como se indicó incluye horas diurnas y nocturnas, éstas últimas se pagan también con el recargo del 35% por el sólo hecho de corresponder a la jornada nocturna, pero son susceptibles de compensación. (...)" (Subrayas fuera del texto)

La misma Corporación en sentencia del 17 de agosto de 2006, expresó: *"(...). Antes de analizar si efectivamente existe prueba sobre el trabajo realizado en exceso a la jornada ordinaria de trabajo, es necesario señalar que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 3º de la ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma precitada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, ley 13 de 1984 y 61 de 1987. (...).*

Dentro de los empleados a que hace referencia el artículo 3º de la Ley 443 de 1998 están los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital, municipal y sus entes descentralizados.

A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 se aplica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial en materia de jornada de trabajo y del trabajo en días de descanso obligatorio, llega la Sala, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de per-

sonal, el cual bien puede comprender, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada laboral, tal como lo ha definido reiteradamente esta corporación. (...)".(Subrayas fuera del texto).

El artículo 4º del Decreto 1567 de 1998, consagra: "Se entiende por capacitación el conjunto de procesos organizados, relativos tanto a la educación no formal como a la informal de acuerdo con lo establecido por la ley general de educación, dirigidos a prolongar y a complementar la educación inicial mediante la generación de conocimientos, el desarrollo de habilidades y el cambio de actitudes, con el fin de incrementar la capacidad individual y colectiva para contribuir al cumplimiento de la misión institucional, a la mejor prestación de servicios a la comunidad, al eficaz desempeño del cargo y al desarrollo personal integral. Esta definición comprende los procesos de formación, entendidos como aquellos que tienen por objeto específico desarrollar y fortalecer una ética del servicio público basada en los principios que rigen la función administrativa. (...)".(Subrayas fuera del texto).

El artículo 5, ibídem, consagra: "Son objetivos de la capacitación:

a) Contribuir al mejoramiento institucional fortaleciendo la capacidad de sus entidades y organismos;

b) Promover el desarrollo integral del recurso humano y el afianzamiento de una ética del servicio público;

c) Elevar el nivel de compromiso de los empleados con respecto a las políticas, los planes, los programas, los proyectos y los objetivos del Estado y de sus respectivas entidades;

d) Fortalecer la capacidad, tanto individual como colectiva, de aportar conocimientos, habilidades y actitudes para el mejor desempeño laboral y para el logro de los objetivos institucionales;

e) Facilitar la preparación permanente de los empleados con el fin de elevar sus niveles de satisfacción personal y laboral, así como de incrementar sus posibilidades de ascenso dentro de la carrera administrativa". (Subrayas fuera del texto).

El artículo 11, ibídem, estipula: "Es obligación de cada una de las entidades:

a) Identificar las necesidades de capacitación, utilizando para ello instrumentos técnicos que detecten las deficiencias colectivas e individuales, en función del logro de los objetivos institucionales;

c) Establecer un reglamento interno en el cual se fijen los criterios y las condiciones para acceder a los programas de capacitación;

e) Programar las actividades de capacitación y facilitar a los empleados su asistencia a las mismas; (...)".

EL artículo 12, ibídem, establece: El empleado tiene las siguientes obligaciones en relación con la capacitación:

a) Participar en la identificación de las necesidades de capacitación de su dependencia o equipo de trabajo;

b) Participar en las actividades de capacitación para las cuales haya sido seleccionado y rendir los informes correspondientes a que haya lugar;

c) Aplicar los conocimientos y las habilidades adquiridos para mejorar la prestación del servicio a cargo de la entidad;

d) Servir de agente capacitador dentro o fuera de la entidad, cuando se requiera;

e) Participar activamente en la evaluación de los planes y programas institucionales de capacitación, así como de las actividades de capacitación a las cuales asista;

f) Asistir a los programas de inducción o reinducción, según su caso, impartidos por la entidad. (...)".

El artículo 33 de la Ley 734 de 2002, consagra: "DERECHOS. Además de los contemplados en la Constitución, la ley y los reglamentos, son derechos de todo servidor público:

1. (...).

3. Recibir capacitación para el mejor desempeño de sus funciones. (...)".

El artículo 34, ibídem, sobre los deberes de los servidores públicos, establece:

1. "(...).

40. Capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función.(...)".

Con fundamento en los preceptos legales y sentencias transcritas entramos a resolver su consulta, previa transcripción del interrogante, en los siguientes términos:

PREGUNTA:

¿Es dable y ajustado a derecho que la Oficina de Nóminas de la Unidad Administrativa Especializada del Cuerpo Oficial de Bomberos les cancele a las personas que fueron a Cali los recargos nocturnos durante el tiempo de duración del reentrenamiento?.

RESPUESTA:

Respecto a este interrogante, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978, procede el reconocimiento del recargo nocturno, cuando los servidores públicos de manera ordinaria o permanente deben trabajar en dicha jornada, es decir, la comprendida entre las entre las 6: 00 P.M. a las 6:00 A.M. del día siguiente, y en un porcentaje del 35% sobre el valor de la asignación mensual.

De otro lado, y teniendo en cuenta su consulta, en la cual indica que los servidores públicos se encontraban en la ciudad de Cali cumpliendo una fase de "reentrenamiento", consideramos que esta situación se enmarca dentro de la capacitación que la entidad debe brindar a sus servidores para cada vigencia, en aplicación del Decreto 1567 de 1998, sin que por ello, pueda considerarse como tiempo efectivo de trabajo y que deba dar lugar al reconocimiento del recargo nocturno, puesto que de acuerdo con las disposiciones transcritas, el hecho generador de dicho recargo, esta dado por la prestación efectiva del servicio durante el horario comprendido entre las 6: 00 P.M. a las 6:00 A.M. del día siguiente.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de agosto de 2006, expresamente señaló que para que proceda el reconocimiento del recargo nocturno a los servidores públicos, se requiere acreditar el trabajo realizado en exceso a la jornada ordinaria, situación que no se estaría presentando en relación con los funcionarios que se encontraban en reentrenamiento, razón por la cual consideramos que no sería jurídicamente viable que a éstos servidores, se les deba realizar el reconocimiento del recargo nocturno solicitado.

Finalmente, y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1567 de 1998, la administración pública al impartir la capacitación a los servidores públicos, busca generar nuevos conocimientos en los servidores, para incrementar su capacidad individual y eficaz desempeño del cargo, lo cual contribuye a elevar su nivel de satisfacción personal y laboral, redundando en una mejor prestación de los servicios a la comunidad.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984. (C. C. A.).

Cordial Saludo.

(HAY FIRMA)

ALBA LUCÍA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Rosalba Salguero Franco

Radicado de salida 2-2007-16429 13/04/07
Bogotá, D.C.

Doctora.
PATRICIA DUQUE CRUZ
Directora Administrativa y Financiera
Concejo de Bogotá D.C.
Calle 34 N° 27-36
Ciudad

Asunto: Fuero Sindical Comisión de Quejas y Reclamos Articulo 406 del Código Sustantivo del Trabajo- Concepto Radicado. 1-2007-10931

Respetada doctora:

De acuerdo al oficio recibido, en el que se solicita concepto, sobre el fuero sindical de los miembros de la comisión de quejas y reclamos, me permito rendirlo en los siguientes términos:

EL PROBLEMA JURIDICO:

El problema jurídico, se reduce a la calidad de fuero sindical que ostentan los dos miembros de la Comisión de Quejas y Reclamos, elegidos por el sindicato mayoritario, toda vez que después de la sentencia de constitucionalidad C-201 de 2002, la expresión "Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores" fue declarada inexequible sin que hasta el momento las dos organizaciones sindicales se hubieren reunido para designar los miembros de dicha comisión.

Por lo anterior se consulta en los siguientes términos:

1- Con base en las apreciaciones anteriormente transcritas los dos miembros de la Comisión de Quejas y Reclamos pertenecientes al Sindicato mayoritario tendrían Fuero Sindical?

2- O si por el contrario tendríamos que haber esperado a que las dos organizaciones Sindicales se reunieran y escogieran dos miembros de la comisión para que estos representaran al Sindicato y tuviera el amparo Foral de que gozan estos funcionarios?

FUNDAMENTOS LEGALES DEL FUERO SINDICAL Y LA COMISIÒN DE QUEJAS Y RECLAMOS

El fuero sindical, como protección especial de que gozan ciertos trabajadores y que impide que éstos sean despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo, o trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez de trabajo, se incorporó en nuestra legislación desde 1944, y sus aspectos sustanciales fueron reglamentados íntegramente a través del Código Sustantivo del Trabajo, expedido en 1951, con la Constitución de 1991, se elevó a rango superior y se amplió su margen de amparo. La Carta además mediante la figura del bloque de constitucionalidad del articulo 93 Ibidem incorporó las garantías que sobre la materia contemplan los convenios internacionales.

En el año 2000, a través de la Ley 584, la protección derivada del fuero sindical se hizo extensiva a los empleados públicos. De esta manera, el legislador quiso llenar el vacío normativo originado por la expedición de la sentencia C-593 de 1993, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 409 del C. S. T. que disponía que los empleados públicos no gozaban de fuero sindical.

No obstante lo anterior y con respecto al fuero sindical, se observa que conforme a su definición legal, en el artículo 405 del Estatuto del Trabajo, este es una garantía que tienen algunos empleados, en virtud de la cual no pueden ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, " sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo".

La legislación laboral dispone que estén amparados por fuero sindical:

"a) Los fundadores de un sindicato y quienes adhieran a él antes de su inscripción en el registro sindical, desde el día de la constitución del mismo y hasta dos (2) meses después de tal inscripción, sin que dicho plazo exceda de seis (6) meses (Literales a y b del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Los miembros de las juntas directivas y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación; los miembros de los comités seccionales y los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, bajo las condiciones y por los términos que establezca la ley (literales c y d del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo)."

Ahora bien, en lo que respecta a las comisiones de quejas y reclamos, alude la norma en cita que están amparados por fuero sindical dos miembros de la comisión estatutaria de reclamos que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo periodo de la junta directiva y por seis meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una comisión estatutaria de reclamos.

No obstante lo anterior, dicha comisión era designada por la organización sindical que agrupaba la mayor parte de los trabajadores, *("Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores") expresión que fue declarada inexequible, mediante Sentencia de Constitucionalidad C-201 del 19 de Marzo de 2002.*

La base normativa de la declaración de inconstitucionalidad de la expresión citada fue precisamente el artículo 39 de la Constitución, el cual consagra el principio de autonomía sindical o de no intervención del Estado en los asuntos propios de dichas organizaciones, según el cual éstas pueden constituirse sin injerencia o autorización previa, así como redactar sus estatutos y reglamentos, sin más limitaciones que el orden legal y los principios democráticos.

Se concluye que un sindicato nace a la vida jurídica desde el momento mismo de su fundación, como lo consideró la Corte en sentencia T-784/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y como expresamente lo prevé el artículo 364 del C.S.T., modificado por el artículo 44 de la Ley 50 de 1990: "Toda organización sindical de trabajadores, por el sólo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería."

La Corte Suprema de Justicia, al juzgar la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 50 de 1990, que se refiere al efecto jurídico de la inscripción del acta constitutiva del sindicato, señaló lo siguiente: "Cabe anotar que si bien no se llega al extremo deseado por el actor de que sea la mera manifestación de voluntad de los fundadores la que dé nacimiento inmediato a la asociación, lo cierto es que no se imponen requisitos previos a esa voluntad ni se le sujeta a permisos o limitaciones de ese estilo, y que se reemplaza la concesión de personería por un registro más ágil y rápido en el que rige el silencio administrativo positivo, lo que, en sentir de la Corte, se acomoda al nuevo principio constitucional ya citado (art. 39 de la Constitución), de que los sindicatos deben poderse formar "sin intervención del Estado" y que "su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acto de constitución", como aquí ocurre, pues no hay un poder absoluto e ilimitado para formar sindicatos, y éstos siguen sometidos al régimen legal, ya que, en voces de la misma Constitución, "se sujetarán al orden legal y la de principios democráticos" (artículo 39 ibidem) cuya verificación y cumplimiento competen al Estado." (Sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991. Gaceta Especial, Sala Constitucional, Tomo III).

Así pues, el derecho de asociación sindical contemplado en la Carta fundamental, no es absoluto, deviene del propio ordenamiento legal y de los principios democráticos, participativos y pluralistas, es así que en la sentencia C- 201 del 19 de Marzo de 2002 La Corte Constitucional, en lo que respecta a los principios citados establece lo siguiente:

> *"Según lo anterior, los sindicatos no pueden contradecir, en ejercicio de la autonomía sindical, los principios rectores de una sociedad democrática sino, por el contrario, deben integrar a sus políticas y a su organización mecanismos para hacerlos*

efectivos, procurando así la efectiva participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan, toda vez que los sindicatos a los que éstos pertenecen actúan como sus representantes en la consecución de condiciones laborales más favorables a sus intereses.

Lo anterior encuentra su justificación en el hecho de que los principios pluralistas, democráticos y participativos tienen un alcance extenso, en la medida en que están llamados a aplicarse en los espacios más cercanos a la persona humana, como manifestación del "traslado de la democracia desde el ámbito del Estado hacia la sociedad. LONDOÑO, Juan Fernando. "Aproximación a la democracia participativa". En: Sociedad Civil, Control Social y Democracia Participativa. FESCOL. 1997. Pg. 17.

En relación con el derecho de asociación sindical, el "uso extensivo de la democracia Sentencia T-173/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz, citando a Helmut Dübiel. ¿Qué es el neoconservadurismo? Ed. Anthropos. Barcelona. 1993. p. 48. Sobre el carácter expansivo o universal del principio democrático, la Corte ha dicho:"...es universal en la medida en que compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encausa a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de aplicarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción." (Sentencia C-089/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en la sentencia C-866/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

La Corte Constitucional, en la sentencia que venimos comentando define el objetivo fundamental de la comisión de reclamos dentro de la organización sindical, cual es el de elevar ante el empleador las respectivas reclamaciones que promuevan tanto los trabajadores individualmente considerados, como el propio sindicato o sindicatos, en caso de que coexistan varios de ellos en una empresa. Razón por la cual declaró exequible que sólo una comisión por empresa sea la encargada de llevar a cabo dicha labor de manera unificada, resalta la corte que: "la función que cumple la comisión de reclamos constituye un instrumento de vital importancia para hacer efectiva la participación de los trabajadores y los sindicatos en los asuntos que los afecta dentro de la empresa, en la medida

en que pueden comunicar al empleador, a través suyo, su inconformidad sobre las condiciones de trabajo y demás reclamaciones particulares que se presenten en la empresa para que él adopte, de manera unilateral o conjunta con el sindicato, una solución al respecto"

En el presente caso, los sindicatos minoritarios y mayoritarios que coexistan en una misma empresa, pueden elevar sus reclamaciones ante su empleador común a través de la comisión estatutaria de reclamos. Por ello, la designación de sus miembros es un asunto que afecta directamente a las asociaciones sindicales de la empresa, independientemente del número de trabajadores que cada sindicato agrupe, siguiendo los postulados participativos, pluralistas y democráticos antes citados.

Concluyó la Corte entonces, que el artículo 406 parcialmente acusado vulneró el artículo 39 de la Constitución, al consagrar un mecanismo antidemocrático de elección de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, pues esta debe representar a todos los trabajadores de una misma empresa, sin importar si el sindicato al que estén afiliados sea minoritario o mayoritario de acuerdo con mecanismos de participación propios de cualquier forma asociativa en una sociedad democrática.

Siguiendo con lo anterior, resaltó la corte, que si, en una empresa, coexisten uno o más sindicatos, estas organizaciones deberán crear mecanismos bajo los principios de participación y democracia en la designación de tal comisión, dijo entonces la Corte:

> *(...) "Por el contrario, deben crearse mecanismos en las organizaciones sindicales que garanticen la participación de todos los trabajadores sindicalizados, en igualdad de condiciones, en la designación de dicha comisión."*

Conforme a lo anterior, se responde:

1.- Si los dos miembros de la Comisión Estatutaria de Quejas y Reclamos, designados representan la totalidad de los trabajadores sindicalizados, en un ámbito participativo y democrático, es lógico concluir que dichos miembros, están amparados por fuero sindical, pero si por el contrario no representan a la totalidad de los trabajadores sindicalizados carecerían de el, pues sería preciso que los miembros de tales comisiones representen a todos los trabajadores sindicalizados de la empresa siguiendo los postulados participativos, pluralistas y democráticos citados.

2.- La propia Sentencia de Constitucionalidad C-201 de 2002, establece que para la designación de la Comisión Estatutaria de Quejas y Reclamos, deberán crearse los mecanismos necesarios al interior de las organizaciones sindicales que garanticen la participación de todos los empleados sin importar si la organización es mayoritaria para la designación de tales miembros dentro de un ámbito democrático.

Desde este punto de vista, de conformidad con los antecedentes de hecho que usted menciona en su consulta, debe precisarse que los dos miembros de la Comisión de quejas y reclamos pertenecientes al sindicato mayoritario, no tienen fuero sindical.

Puede la Dirección Administrativa solicitar a los dos sindicatos que den aplicación al artículo 406 del Estatuto del Trabajo, en concordancia con la sentencia C-2001 de 2002 de la Corte Constitucional, que escojan a los dos miembros de la Comisión de reclamos, que si tendrían la protección foral.

En los anteriores términos dejamos rendido el concepto solicitado y permaneceremos atentos para absolver cualquier inquietud adicional que su Despacho pudiere llegar a requerir.

Cordial saludo,

MANUEL AVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital.

Copia: Alba Lucia Bastidas
Jefe Oficina Jurídica- Departamento Administrativo Servicio Civil Distrital
Calle 37 N° 26-28

Proyecto: NJOV/MMC
Revisó: HDM
Aprobó: MAO/MYGV

OAJ - 2462
Bogotá, D. C., 25 SET. 2007

Doctora
GLORIA PIEDAD ROA CARRERO
Director Técnico de Talento Humano
Contraloría de Bogotá D. C.
Carrera 35 No. 26 - 10 Piso 13
Bogotá, D. C.

ASUNTO: 2483-07/ Retiro del servicio por edad de retiro forzoso

Apreciada doctora Gloria Piedad:

Damos atenta respuesta a su solicitud de la referencia, radicada en este Departamento bajo el No. 2483 del 12 de septiembre de 2007, en los siguientes términos:

El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, preceptúa: "Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este Decreto".(Subrayas fuera del texto):

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, sobre las causales de retiro, dispone: "El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) (...).

g) Por edad de retiro forzoso; (...)".(Subrayas fuera del texto):

El inciso 4º del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, sobre las PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS, consagra: "La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa". (Subrayas fuera del texto).

La Directiva Unificada 05 de 2007, del Procurador General de la Nación, señala: "(...) Con el fin de garantizar la transparencia del proceso electoral y prevenir la indebida participación en política de los servidores públicos, y la desviación de recursos con fines partidistas el Procurador General de la Nación requiere a las autoridades públicas para que celosamente actúen con la imparcialidad exigida por la ley en los procesos electorales que tendrán lugar en el próximo mes de octubre.

En este sentido, el Procurador General de la Nación les solicita a los servidores públicos: 1) (...) Atender las prohibiciones que por virtud de la ley 996 de 2005 y la sentencia de Constitucionalidad C-1153 de 2005 aplican, en materia de contratación estatal, utilización de muebles e inmuebles, inauguración de obras públicas y modificación de la nómina:

a. (...)

d. La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. (...)".(Subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional en la sentencia C -1153 de 2005, sobre la congelación de nómina, expresó: *"(...). Por último, la sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en las cuales participen gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual puedan llegar a participar funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por lo tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.*

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del parágrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina, (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro, que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en período de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera". (Subrayas fuera del texto).

La misma Corporación Constitucional, en sentencia C-1037 del 2003, al pronunciarse sobre la exequibilidad del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 expresó: *"(...). 4.- Respecto a la terminación de la relación laboral de servidores públicos y de trabajadores particulares, la Constitución no le indica ninguna pauta o restricción al Legislador para el establecimiento de las causales para la procedencia de dicha terminación. En relación con los primeros, la Carta sólo precisa que el retiro del servicio se hará "por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley" (art. 125). En cuanto a los segundos, el artículo 53 Superior al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, no instituye ningún principio al que tenga que sujetarse el Legislador para establecer las causales de terminación de la relación laboral privada. (...).*

8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan. (...).

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, así mismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte:

"4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual "el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar" que, a su turno, es concordante

con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de "dar pleno empleo a los recursos humanos" (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.

"De igual modo, la fijación legal de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al régimen de carrera administrativa, no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1°). En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental"...

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. 2° y 5°). 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. ..., siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.(...)".(Subrayas fuera del texto).

Con fundamento en las disposiciones normativas y las sentencias transcritas, resumimos su interrogante, en los siguientes términos:

PREGUNTA:

Es viable jurídicamente retirar del servicio a un funcionario que se encuentra en edad de retiro forzoso, en el marco de la Ley de Garantías?.

RESPUESTA:

Respecto a este interrogante, es necesario precisar que si bien es cierto el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, contempla que la nómina del respectivo ente territorial u órgano no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular; de otra parte, establece excepciones para la provisión de empleos por faltas definitivas

de sus titulares, ya sea con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, comprendiendo además aquellas causales de retiro del servicio previstas en las normas de carrera administrativa y que se aplican para los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

De otra parte, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, dispone que todo empleado público, al cumplir la edad de 65 años debe ser retirado del servicio público, no implica que de manera inmediata la administración proceda al mismo, puesto que en virtud de la Sentencia C-1037 del 2003, la Corte Constitucional condicionó el retiro definitivo del servicio del empleado, al hecho de que previamente se le debe garantizar el reconocimiento de la pensión y de su inclusión en la correspondiente nómina, aspectos que en la práctica se surten con la notificación de los actos de reconocimiento de la pensión y de la inclusión en la nómina de pensionados, lo cual le permite a la administración una vez agotados éstos procedimientos por parte de la entidad que reconoce la prestación, efectuar el retiro definitivo del servicio del funcionario.

De otro lado y teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005 y para el caso de los funcionarios que se encuentran dentro de la edad de retiro forzoso, es decir de 65 años, la entidad en aplicación de los artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y 41 de la Ley 909 de 2004, podrá proceder al retiro definitivo del servicio de dichos funcionarios, sin que pueda entenderse como una modificación a la nómina en los términos expuestos en la citada Sentencia.

El presente concepto, se emite en los términos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984, (C. C. A).

Cordialmente,

(Hay firma).
ALBA LUCIA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: MIGUEL ANTONIO CHIA R.

DASC

Bogotá, D.C. 13 AGO 2007

Doctora
NUBIA STELLA TALERO VILLALBA
Subdirectora Administrativa
CANAL CAPITAL
Carrera 11ª No. 69- 43
Bogotá, D. C.

ASUNTO: 2027-07/ Periodo de prueba frente a la Ley de Garantías.

Apreciada doctora Maria Gladys:

Damos atenta respuesta a su solicitud de la referencia, radicada en este Departamento bajo el No. 2027 del 23 de julio de 2007, en los siguientes términos:

Respecto de la Función Administrativa, el artículo 209 de la Constitución Política, consagra: "La función administrativa esta 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 293 del Decreto Ley 1333 de 1986, sobre el marco que regula las relaciones con los trabajadores oficiales, señala: "Los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y las disposiciones que en desarrollo de ésta, dicten las autoridades municipales competentes. Los trabajadores oficiales, por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere...".

El Decreto 2127 de 1945, por el cual se reglamenta la Ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, norma aplicable a los trabajadores oficiales, en lo pertinente dispone:

"ARTICULO 17. El contrato individual escrito se extenderá en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos; estará exento de impuestos de papel sellado y de timbre nacional y deberá contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente:

a. Lugar y fecha del contrato;

b. Nombre, nacionalidad, cédula o tarjeta de identidad y domicilio del patrono;

c. Nombre, nacionalidad, edad, estado civil, cédula o tarjeta de identidad y lugar de procedencia del trabajador.

d. Determinación precisa y clara de la naturaleza de los servicios y del lugar en que hayan de prestarse;

e. Monto, forma y períodos de pago de la remuneración acordada, y normas para su incremento eventual, cuando sea el caso;

f. Si hay o no lugar a suministro de habitación y alimentación para el trabajador, condiciones de ese suministro y estimación de su valor como parte del salario para la liquidación de prestaciones en dinero;

g. Si se trata o no de un contrato a prueba;

h. Duración del contrato, y las causas y modalidades de su prórroga, su desahucio o su denuncio.

i. Las firmas autógrafas de los contratantes, o del testigo rogado. (...)

ARTICULO 19. En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la empresa, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador. (....)

ARTICULO 31. El reglamento interno de trabajo contendrá, cuando menos, disposiciones normativas de los siguientes puntos:

1o. Matrícula de aspirante; condiciones de admisión; aprendizaje, período de prueba, admisión definitiva, reglas para pasar de una calidad a otra;(...)". (Subrayas fuera del texto).

De otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia T -978 de 2004, expediente T -863069, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño se pronunció respecto del periodo de prueba en el contrato de trabajo y aunque no hace alusión expresa a los trabajadores oficiales es viable hacer mención de él en su parte perinente, así:

"(...) la doctrina ha definido al periodo de prueba como una garantía correlativa al interior de la relación laboral. Para el empleador, en la medida en que le permite la libre resolución contractual en caso que el trabajador no le satisfaga, y para el empleado, pues le permite desistir del contrato en caso tal que no considere conveniente proseguir con la prestación del servicio Como puede inferirse, la estipulación del periodo de prueba constituye una excepción al principio constitucional

de la estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.), habida cuenta que permite la terminación unilateral de la relación laboral sin que haya necesidad de comprobar la existencia de las condiciones que de conformidad con la ley constituyen justas causas para resolver el contrato de trabajo.

2. Con todo, los efectos de la estipulación del periodo de prueba, aunque son una materia suficientemente regulada en la legislación laboral, contienen algunos problemas jurídicos de índole constitucional que deben ser analizados por la Corte en esta sentencia. En efecto, la interpretación que tradicionalmente se ha realizado de las normas que regulan los efectos del periodo de prueba permitiría concluir que la facultad para terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna tiene naturaleza absoluta y, por ello, la ilegalidad del despido durante la vigencia del periodo de prueba resultaría un contrasentido jurídico. Sin embargo, tal conclusión arribaría a resultados al menos insatisfactorios desde la perspectiva constitucional del derecho al trabajo. Es factible que esa interpretación resulte contraria a disposiciones contenidas en la Carta Política, tales como los principios a la igualdad de oportunidades para los trabajadores, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (Art. 53 C.P.) y las obligaciones estatales de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los discapacitados el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones (Art. 54 C.P.).(...)

3. Igualmente, esta interpretación puede entrar en contradicción con obligaciones asumidas por el Estado colombiano en virtud de la suscripción de convenios internacionales de trabajo, que tienen reconocimiento constitucional de conformidad con los artículos 53 inciso 3º y 93 de la Carta. Sobre este particular, resulta ilustrativo el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, "relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación" que en su artículo 2 impone al Estado la obligación de formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. En este sentido, la utilización de los efectos jurídicos del periodo de prueba por parte del empleador, con el objetivo de ejercer tales actos discriminatorios, que impiden la igualdad de oportunidades para los trabajadores, es contraria a las mencionadas disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

4. Lo anteriormente expuesto, entonces, plantea una posible contradicción, en su aplicación para casos concretos, entre normas de índole constitucional y disposiciones legales. Así, un entendimiento literal de lo reglado en los artículos 76 a 80 del Código Sustantivo del Trabajo, según los cuales la resolución del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba no tendría límite distinto a la voluntad de una de las partes de terminar la relación laboral, no sería compatible con la adecuada protección de distintos derechos constitucionales y la eficacia de los principios mínimos fundamentales que ordenan el derecho al trabajo, en especial, la igualdad de

oportunidades y la prohibición de la discriminación en el empleo. Con todo, esta contradicción es aparente, pues en aplicación del artículo 4º Superior, que consagra el principio de supremacía constitucional, debe preferirse aquella interpretación que resulte compatible con los mencionados derechos y principios, es decir, aquella que incorpore límites a la facultad discrecional propia del periodo de prueba, referidos con la imposibilidad que esta figura sirva para lesionar las garantías constitucionales del trabajador.

5. En concreto, esta interpretación parte de considerar que la terminación unilateral del contrato en el periodo de prueba no requiere motivación y, por tanto, es de naturaleza potestativa de las partes dentro de la relación laboral. Sin embargo, la posibilidad resolutoria propia del periodo de prueba, si bien posee un espectro amplio, carece de un alcance tal que faculte al empleador para desconocer los derechos fundamentales del trabajador, en especial, para que fundamente el despido en un criterio discriminatorio inaceptable desde la perspectiva constitucional. Por ende, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba por parte del empleador, si bien es una facultad discrecional, no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que, en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada.

Por tanto, al despido durante la vigencia del periodo de prueba, basado en un tratamiento discriminatorio injustificado, no podrá otorgársele los efectos jurídicos fijados en la legislación laboral para esta clase de actuaciones, por la simple razón que dicha actuación negaría el valor normativo de las cláusulas constitucionales anteriormente mencionadas, que se constituyen en derechos fundamentales de los trabajadores, derivados del principio de igualdad (Art. 13 C.P.), el que, como se indicó anteriormente, además de proscribir la discriminación por determinados criterios, impone deberes positivos de promoción en materia laboral a sujetos de especial protección constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 54 Superior.

6. Esta solución, que impone claros límites al ejercicio de las facultades propias de la vigencia del periodo de prueba relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores,(...).

Por ello, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política, con la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la labor por parte del trabajador.(...)". (Subrayas fuera del texto).

De otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia C 1153 de 2005, respecto de la restricción contenida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, se pronunció en los siguientes términos:

"(...)El artículo 32 indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.(...)

De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.(...)

Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. (...)".

Con fundamento en las normas y jurisprudencias transcritas damos respuesta a su solicitud, en la siguiente forma:

PREGUNTA:

En el marco de la Ley de Garantías, es viable dar por terminado unilateralmente por parte del empleador, un contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito el 26 de junio de 2007, con un trabajador oficial, encontrándose éste en periodo de prueba?

RESPUESTA:

Como quiera que en virtud del artículo 209 de la Constitución Política "(...) Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.(...)", es obvio que sus servidores son quienes logran este fin.

En el caso planteado se trata de un trabajador oficial, con una relación contractual, que se rige por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere.

Así las cosas es la Ley, la que regula la existencia del periodo de prueba (Decreto 2127 de 1945) y sus efectos.

Como quiera que el periodo de prueba permite al empleador, para el caso que nos ocupa, Canal Capital, apreciar las aptitudes e idoneidad del trabajador y la libre resolución contractual en caso que éste no le satisfaga el interés de la administración, y por parte del trabajador, la conveniencia de las condiciones del trabajo, por lo tanto, en nuestro entender es válido que la entidad previa justificación, demostración y comprobación de la ineficiencia del trabajador, acuda a la terminación del contrato durante el periodo de prueba.

Actuar de manera diferente conllevaría a vincular indefinidamente a una persona que no cumple con las exigencias para las cuales fue contratada y no se estarían cumpliendo los principios y fines estatales consagrados en el artículo 209 de la C. P.

Finalmente, respecto de la restricción contenida en la Ley de Garantías en su artículo 32, necesariamente debe acudirse al pronunciamiento de la Corte sobre el tema para lograr armonizar las normas, pues por un lado está el cumplimiento del contrato en los términos pactados incluido el periodo de prueba y la restricción legal mencionada. Es así como la corte estima que "(...) si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo".

El presente concepto se expide de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 del Decreto 01 de 1984, (C. C. A.).

Cordialmente,

ALBA LUCIA BASTIDAS MEZA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Alba Lucia Bastidas Meza

DERECHO POLICIVO

Bogotá, D. C,

Señor
FRANCISCO ANDRÉS LONDOÑO VILLARREAL
Calle 25 B No 100 – 15 Apto 404
Bogotá, D.C.

Asunto. Reglamento Distrito Capital Espectáculos Taurinos, menores de edad, radicado CDI 1 – 2007 – 8071.

Cordial saludo, señor Londoño:

Hemos recibido la comunicación del asunto, mediante la cual solicita informarle acerca de si en el Distrito Capital, a la luz de la Ley 916 de 2004, existe un reglamento antitaurino que regule el ingreso de menores de 10 años a espectáculos taurinos, fiesta brava, quién regula la edad de éstos niños, si la policía o los organizadores y porqué método.

Al respecto, me permito absolver sus interrogantes en los siguientes términos:

1. REFERENTES NACIONALES.

En primer lugar, en el Decreto Nacional 1350 de 1970 "por el cual se dictan normas sobre policía" se reguló en el Capítulo V lo relativo a las normas de comportamiento ciudadano que deben observarse en los espectáculos públicos.

En el artículo 146 se dispone lo siguiente respecto a la asistencia de menores de edad a espectáculos públicos y se dispone un marco normativo para los espectáculos taurinos:

"ARTICULO 146.- La entrada a espectáculos distintos de los deportivos, que se inicien después de las nueve de la noche queda prohibida para menores de catorce años, cuando no estén acompañados de sus padres o parientes mayores de edad"

ARTICULO 148.- Los espectáculos deportivos, las riñas de gallos y otros similares se rigen por reglamentos especiales en cuanto no se opongan a lo previsto en este capítulo.

ARTICULO 160.- Los espectáculos taurinos podrán ser:

Corridas de toros de primera y segunda categoría; corrida de novillos con picadores; novilladas sin picadores; corridas bufas y festivales.

ARTICULO 161.- No podrá anunciarse ningún espectáculo taurino sin previo permiso del alcalde. La solicitud para obtener el permiso de anuncio deberá contener, por lo menos, indicación de la clase de espectáculo, el nombre o nombres de las ganaderías cuyas reses se pretende lidiar y el nombre completo de los espadas o matadores que habrán de actuar. Cuando se trate de una serie de espectáculos, la solicitud de permiso para anunciarlos deberá indicar además las fechas en las que habrán de realizarse las corridas...

ARTICULO 162.- La solicitud del permiso para celebrar el espectáculo deberá acompañarse de una copia del permiso concedido para anunciarlo y de las certificaciones del ganadero o ganaderos relativas a la sanidad y edad de las reses que vayan a lidiarse y a las constancias de las cuadrillas de haberles sido satisfechos los honorarios por el empresario.

Posteriormente, el Decreto Nacional 1350 de 1970 fue modificado por el Decreto 522 de 1971, en el cual se dispuso lo siguiente, modificando el contenido del artículo 167 del Decreto 1350:

ARTÍCULO 119.- En cada municipio en donde exista plaza permanente de toros, habrá una comisión taurina integrada por dos veterinarios y tres aficionados de reconocida competencia designados por el alcalde y por sendos representantes de los criadores de reses de lidia y de las agremiaciones de toreros.

Luego, el Congreso de la República expide la Ley 916 de 2004 "Por la cual se establece el Reglamento Taurino Nacional", se dispone el marco regulatorio, normas aplicables y requisitos para la celebración de este tipo de espectáculos, en el artículo 22 se dispone que los menores de 10 años deberán ingresar en compañía de un adulto:

Artículo 22. Todos los espectadores permanecerán sentados durante la lidia en sus correspondientes localidades. En los pasillos y escaleras únicamente podrán permanecer los agentes de la autoridad y los empleados de la empresa.

Los menores de diez (10) años de edad deberán ingresar en compañía de un adulto.

Los espectadores no podrán acceder a sus localidades ni abandonarlas durante la lidia de cada res.

Queda terminantemente prohibido el lanzamiento al ruedo de cualquier clase de objeto contundente que produzca daño o lesión personal. Los espectadores que incumplan esta prohibición durante la lidia serán expulsados de la plaza, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar.

Los espectadores que perturben gravemente el desarrollo del espectáculo o causen molestias u ofensas a otros, ganaderos, actuantes, empresarios y espectadores en general, serán advertidos de su expulsión de la plaza que se llevará a cabo si persisten en su actitud, o se procederá a la misma si los hechos fuesen graves, sin perjuicio de la sanción a que, en cada caso, sean acreedores.

El espectador que durante la permanencia de una res en el ruedo se lance al mismo, será retirado de él por las cuadrillas y puesto a disposición de los miembros de las fuerzas de seguridad"

Puede observarse entonces que la Ley 916 de 2004 regula de manera integral lo relativo a los espectáculos taurinos, por lo que todas las disposiciones contrarias del Decreto 1350 de 1970 deben entenderse derogadas.

Ahora bien, el citado artículo 22 fue demandado ante la Corte Constitucional, quien lo declaró exequible, como veremos; no obstante, es pertinente recordar los cargos que fueron abordados por la demandante y que comparten afinidad temática con su consulta y que son sintetizados por la Corte así:

"3.2.2. Segundo cargo. Violación de los artículos 7°, 19, 22 y 26 del Estatuto Superior

A juicio de la accionante, la expresión "será de aplicación general en todo el territorio nacional"1, contenida en el artículo 2º de la norma demandada, que hace referencia al ámbito de aplicación del Reglamento Taurino, es contraria al reconocimiento que hizo el Constituyente de 1991 a la diversidad étnica y cultural, pues implica la promoción de actividades violentas en todo el territorio de nuestro Estado, lo cual atenta contra las diferentes etnias y culturas existentes.

Señala que por haberse permitido por parte del Congreso de la República la práctica de la tauromaquia, se lesionan las creencias y costumbres religiosas de ciertos grupos sociales, contrariando lo previsto en el artículo 19 del Texto Superior. De igual forma se conculca el artículo 22 de la Constitución, toda vez que las corridas de toros no contribuyen a la realización de la paz.

Por último, indica la actora, se quebranta el artículo 26 de la Carta Política, al haberse regulado esta actividad, pues en su opinión, "no debemos reglamentar profesiones que causen choques sociales y controversias en un ámbito determinado o específico".

3.2.3. Tercer cargo. Violación del artículo 44 de la Constitución Política

Considera la demandante que la expresión "Los menores de diez (10) años de edad deberán ingresar en compañía de un adulto", que hace parte del artículo 22 de la Ley en cuestión, atenta contra los derechos fundamentales de los niños previstos en el artículo 44 del Texto Superior, puesto que en la práctica taurina se presentan acciones violentas, que pueden generar hacia el futuro graves consecuencias de orden psicológico para los menores, dejándose de lado la protección especial que recae sobre estos sujetos, la cual ha sido reconocida por la Constitución Política, y por los tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En su sentir, "[e]s imposible creer que padres lleven a ver a sus hijos a estos tipos de actos (sic), supuestamente "culturales", estos están vulnerando el artículo anteriormente mencionado, que los progenitores son responsables ante sus hijos, y no los están protegiendo o encaminando hacia la prosperidad general, donde no se permitan estos actos de barbarie, donde se sacrifican animales, sin una razón realmente válida".

Al término de la deliberación, la Corte Constitucional, mediante sentencia 1192 de 2005 despachó de manera desfavorable los cargos de inconstitucionalidad enervados frente a la norma.

Frente al ámbito de aplicación de la norma sentenció que la misma rige para el todo el Territorio de la República, al respecto afirmó:

"Del ámbito de aplicación del Reglamento Nacional Taurino. (Ley 916 de 2004, artículo 2)

18. La accionante argumenta que el aparte acusado del artículo 2° de la Ley 916 de 2004, viola el artículo 7° Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, al hacer extensivo a todo el territorio nacional la legislación taurina. Señala de igual manera que por haberse permitido por el Congreso de la República la práctica de la tauromaquia, se lesionan creencias y costumbres religiosas de ciertos grupos sociales (C.P. art. 19) y se conculca, a su vez, el derecho a la paz (C.P. art. 22). Por último, considera que se desconoce el artículo 26 de la Carta Fundamental, ya que en su opinión, las actividades humanas que causan "choques y controversias sociales" no deberían ser objeto de reglamentación.

19. En primer término, cuando la norma demandada dispone que el Reglamento Taurino "será de aplicación general en todo el territorio nacional", se ***limita a reiterar el mandato constitucional vigente en nuestro país desde hace más de cien años, conforme al cual en virtud del carácter unitario del Estado Colombiano (C.P. art. 1°), las normas que dicta el Congreso de la República tienen vocación de ser aplicadas en todo el territorio nacional sin excepción.***

Así lo reconoce, a manera de ejemplo, el artículo 4° del Código Civil al señalar que: "La ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar"*, y enseguida, el artículo 18 de la misma codificación, dispone: "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia". Por su parte, el Código de Régimen Político y Municipal determina en el artículo 57: "Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes; salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos".*

Para esta Corporación, es apenas lógico que una ley se aplique en todo el territorio nacional y para todas las personas que en él habitan, lo contrario, esto es, fraccionar su exigibilidad para determinadas regiones o para ciertas personas individual o conjuntamente consideradas, podría llegar a ser valorada como lesiva del principio constitucional y derecho fundamental a la igualdad previsto en los artículos 1°, 2° y 13 Superior.

Además, la principal razón que motivó a que el Reglamento Taurino se aplicara en todo el territorio nacional, se debe a que ***en la mayor parte del país se práctica el toreo,*** *a través de plazas permanentes o temporales, por lo cual se pretendía unificar en una gran estructura jurídica la reglamentación principal del espectáculo taurino,* ***independientemente de que a través de actos de las autoridades***

locales se lleguen a reglamentar aspectos puntuales de las fiestas taurinas en cada una de nuestras regiones, obviamente dentro de los marcos establecidos por la ley.

Dicho propósito está implícitamente recogido en la exposición de motivos de la Ley 916 de 2004, en estos términos:

"Los espectáculos taurinos tanto en su organización como en su celebración han sido objeto de reglamentación en Colombia, a través de acuerdos municipales, por ejemplo en Santa Fe de Bogotá se le daba aplicación al acuerdo número 88 de 1964, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, el cual fue derogado en gran parte por el Código Nacional de Policía que codifica una serie de normas que reglamentan el espectáculo taurino, así en cada municipio en donde existen plazas de toros el concejo municipal a través de acuerdos reglamenta el espectáculo taurino en concordancia con el Código Nacional de Policía".

20. En segundo lugar, en los artículos 150, 333 y 334 de la Constitución Política se reconoce la potestad que le asiste al Congreso de la República para regular y orientar la actividad económica y las relaciones de los particulares, con el objeto de mantener el orden público, lograr el progreso económico y el bienestar social, así como proteger el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación...

*21. En tercer lugar, **para la Corte tampoco está llamado a prosperar el cargo, según la cual no es posible regular la actividad taurina en atención a que su práctica no es compartida por determinados grupos sociales o sea contraria a ciertas convicciones, creencias religiosas o culturales, pues en relación con esta acusación resultan plenamente aplicables las consideraciones anteriormente expuestas en esta providencia, que demuestran que la tensión entre quienes abogan por dicha práctica y quienes pretenden su abolición, no son suficientes para declarar la inconstitucionalidad de las normas que disciplinan los espectáculos taurinos, ya que los mismos ante todo son una manifestación de la riqueza y diversidad cultural de nuestra Nación, que en virtud del reconocimiento del legislador como una expresión artística y cultural, no es susceptible de censura** (C.P. arts. 7°, 8°, 20, 52, 70, 71 y 72).*

Finalmente, es erróneo afirmar, que la regulación de la actividad taurina supone su imposición obligatoria a todos los colombianos. De la lectura cuidadosa del articulado de la Ley 916 de 2004 no se deriva dicha obligación, por el contrario lo que resulta de la misma, es que las personas que acuden a estas expresiones artísticas, lo hacen de forma autónoma, en ejercicio de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16).

22. Conforme a esta argumentación, la Corte considera que las acusaciones propuestas no están llamadas a prosperar, y en su lugar, procederá a declarar en la parte resolutiva de esta providencia la exequibilidad de la expresión acusada, por los cargos anteriormente analizados.

Concluido lo anterior, es decir, que el ámbito de aplicación de la Ley 916 de 2004 es todo el Territorio de la República de Colombia, pertinente es aclarar a continuación el segundo de los cargos traídos a colación, relativo a si es constitucional que los menores de edad asistan a los espectáculos taurinos.

La Corte Constitucional negó las súplicas de la parte demandante y declaró ajustado a la Constitución Política el hecho de que los menores de edad asistieran a este tipo de espectáculos, al respecto la Corte sentenció:

Del espectáculo taurino y de la asistencia de los menores de edad (Ley 916 de 2004, artículo 22).

23. Según lo ha sostenido esta Corporación, cuando el artículo 44 fundamental establece que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", está consagrando una limitación al principio democrático de adopción de las leyes, en el sentido de someter a las mayorías políticas coyunturales a un poder real y efectivo a favor de los menores, con el fin de preservar su desarrollo armónico e integral y que, en virtud de su carácter prioritario, puede ser ejercido por cualquier persona en su defensa, a través de las acciones constitucionales.

Se trata de reconocer que ***si bien el legislador puede limitar o regular un derecho fundamental en ejercicio de su potestad de configuración normativa****, cuando dichas actuaciones tengan la potencialidad de afectar el desarrollo normal de los derechos fundamentales de los niños, tales como, los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la educación, la cultura y la recreación;* ***es su deber proceder con una cautela especialísima, en atención a la obligación positiva que la Constitución le impone al Estado****, de asistir y proteger al niño en su desarrollo armónico e integral y en el ejercicio pleno de sus derechos...*

Conforme a lo anterior, este Tribunal ha sostenido que la razón principal que habilita la restricción de los derechos de los niños y la imposición de límites de capacidad para su ejercicio, ya no es, como lo era antes, la supuesta condición de debilidad o vulnerabilidad en que se encuentran los menores, sino, por el contrario, el reconocimiento de la obligación estatal de adoptar medidas para hacer efectivo el derecho subjetivo a recibir protección previsto constitucionalmente a su favor (C.P. art. 44)...

Precisamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 19 y 20, es inequívoca en determinar que, son los Estados Partes los llamados a establecer medidas de protección no sólo en el campo legislativo, sino también en el administrativo, económico y social a favor de los niños.

Lo anterior, por cuanto la condición de debilidad manifiesta en que se encuentran (C.P. art. 13), dado su estado de formación y crecimiento, no les permite discernir sobre las consecuencias de sus actos y, en especial, en relación con los efectos que su comportamiento puede acarrear para sí y para los sociedad...

25. Sin embargo, no es aceptable que se les imponga a los menores cualquier tipo de medida de "asistencia" o "protección". A juicio de esta Corporación, la propia Carta Fundamental establece la finalidad que con ellas se debe buscar, a saber, "garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos. El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos".

Desde esta perspectiva, el Estado puede asumir medidas de protección de carácter fáctico o de naturaleza normativa. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones que suponen la organización, movilización y disposición de recursos humanos y materiales para impedir la afectación de un derecho, como por ejemplo, la adopción de medidas de policía para proteger la integridad de un niño que es objeto de maltrato infantil. En las segundas se sitúan las reglas de capacidad y las normas que regulan las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades o acceder a determinados eventos o lugares públicos, v.gr. la posibilidad de trabajar en labores especiales o de ingresar a salas de juegos electrónicos.

Finalmente, esta Corporación en sentencias C-507 de 2004 y C-534 de 2005, determinó que ***el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa para establecer las edades a partir de las cuales se puede limitar la capacidad de los menores para realizar determinado tipo de acto, participar en alguna actividad cultural o recreativa, o ingresar a un lugar público, siempre que las mismas sean conducentes para alcanzar los fines específicos de protección que se pretenden lograr mediante su señalamiento...***

26. La disposición acusada establece precisamente una medida de protección a favor de los niños menores de diez (10) años de edad, consistente en la imposibilidad de asistir a un espectáculo taurino, cuando no se está acompañado de un adulto. *En opinión de la accionante, dicha disposición desconoce el artículo 44 del Texto Superior, puesto que en la práctica taurina se presentan acciones violentas, que pueden generar hacia el futuro graves consecuencias de orden psicológico en los menores de edad.*

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia, para esta Corporación el cargo no está llamado a prosperar, pues la citada disposición en lugar de desconocer el artículo 44 Superior, pretende garantizar los derechos fundamentales de los niños a la cultura, recreación y educación, en los términos que a continuación se exponen:

(i) En primer lugar, en cuanto a la cultura porque al constituir la práctica taurina una manifestación de la riqueza y diversidad cultural de nuestro pueblo (C.P. arts. 7° y 8°), le permite al menor experimentar vivencias que lo enriquecen personalmente, por ejemplo, al identificar virtudes humanas como la valentía

y la fortaleza. De acuerdo con la Constitución Política el acceso a la cultura se convierte en uno de los derechos fundamentales de los niños, en los términos previstos en el artículo 44 Superior, conforme al cual: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...), el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...)".

Del mismo modo, este reconocimiento de la cultura como derecho fundamental de los niños se establece en los artículos 29-1 y 31-2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando, en el primero de ellos, se señala que: "Artículo 29. - 1. Los Estados partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (...) c.) Inculcar al niño respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya"64; mientras que, en el artículo 31-2, se expresa: "2. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento".

(ii) En segundo término, esta Corporación en sentencia C-005 de 1993, reconoció a la recreación como un derecho fundamental de los niños, y dispuso a su vez que todas las actividades que surgen como creación del hombre, destinadas a estimular el agrado y la satisfacción por las cosas que él hace y además por el mundo que lo rodea, deben ser garantizadas por el Estado, no sólo en cuanto a la posibilidad de acceder a las mismas, sino principalmente frente al hecho de poder disfrutarlas. La Corte definió al citado derecho fundamental, en los siguientes términos:

"[La] recreación es considerada una necesidad fundamental del hombre que estimula su capacidad de ascenso puesto que lo lleva a encontrar agrado en lo que hace y lo rodea. En esta medida, puede afirmarse también, que la recreación constituye un derecho fundamental conexo con el libre desarrollo de la personalidad, con todas sus implicaciones y consecuencias. (...) La recreación es una actividad inherente al ser humano y necesaria tanto para su desarrollo individual y social como para su evolución. Consiste, en un sentido etimológico, en volver a crear"66.

La tauromaquia al representar también un espectáculo cultural, en el que la persona puede disfrutar del arte y compartir en comunidad momentos de diversión, esparcimiento y entretenimiento, se convierte en una de las expresiones del derecho fundamental a la recreación de los niños como "actividad inherente al ser humano"67, que debe ser objeto de protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 Superior -previamente citado-, y lo dispuesto en el artículo 31-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes".

(iii) Finalmente, como lo ha reconocido esta Corporación, mediante el derecho fundamental a la educación se busca el acceso al conocimiento y a los demás bienes y valores de la cultura,

como actos inherentes a la naturaleza proyectiva de ser humano (C.P. art. 67)68. Así las cosas, al representar los espectáculos taurinos de acuerdo con la calificación realizada por el legislador, una manifestación de nuestra riqueza y diversidad cultural, como bien intangible que simboliza una de las múltiples tradiciones histórico-culturales de la Nación, ***debe preservarse la posibilidad de que los niños puedan aprender, conocer y juzgar dicho arte, para que sean ellos mismos quienes opten o no por su práctica...***

27. Ahora bien, la imposibilidad de que los menores de diez (10) asistan por sí mismos a un espectáculo taurino, exigiéndose su acompañamiento por un adulto, no afecta en absoluto el núcleo esencial de los derechos fundamentales a la cultura, recreación y educación, pues claramente la norma acusada tiene una finalidad protectora que es perfectamente compatible no sólo con la posibilidad de participar en dichas expresiones de diversión, cultura, conocimiento y entretenimiento, sino también, incluso con el deber del Estado, la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño.

En efecto, la restricción prevista en la norma demandada, no debe ser mirada únicamente como una limitante de los derechos fundamentales a la cultura, recreación y educación -que indudablemente, lo es-, sino además, como una medida para proteger a los menores de los circunstancias o elementos de riesgo a que se pueden ver expuestos al ingresar a un espectáculo público, en aras de garantizar su desarrollo integral y armónico tal como lo dispone el citado artículo 44 Constitucional.

Recuérdese que el legislador al momento de establecer medidas de protección que tengan la potencialidad de afectar el desarrollo normal de los derechos fundamentales de los niños, como ocurre -en este caso- con los derechos fundamentales a la cultura, recreación y educación, tiene en los adultos responsables y especialmente en los padres del menor, a los primeros llamados a cumplir con la "obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos" (C.P. art. 44), pues un elemento inherente a la institución familiar y a los deberes que de ella se predican, lo constituye el cuidado y la atención a los menores de edad (C.P. art. 44), como expresión constitucional de la progenitura responsable que surge de la relación filial (C.P. art. 42)69.

28. La suficiencia o no del límite de edad corresponde a una valoración autónoma del legislador, que como previamente se expuso, goza de un amplio margen de configuración en esta materia. *Sin que, en este caso, siguiendo lo anteriormente expuesto, encuentre la Corte a simple vista ineptitud en el señalamiento del mismo, o discriminación en su determinación. A este respecto, es preciso recordar que bien puede el Congreso de la República fijar límites distintos de edad para cada actividad o espectáculo público al cual pueden acceder los menores de edad, así por ejemplo, (a) un niño puede ingresar a trabajar en labores especiales a partir de los doce (12) años, (b) sin importar su edad está habilitado para ser socio de una sociedad de capital, (c) a partir de los catorce (14) años tiene plena capacidad para contraer matrimonio, previa autorización de sus padres o representante*

legal, (d) se confiere plena validez a sus declaraciones procesales como testigo desde los doce (12) años, (e) se encuentra habilitado para consentir en una operación invasiva para la definición o asignación de sexo a partir de los siete (7) años, y finalmente, (f) puede ingresar a las salas de juegos electrónicos a partir de los catorce (14) años de edad.

29. Conforme a lo anterior, el cargo formulado tampoco está llamado a prosperar, pues ni el señalamiento de la edad prevista como medida de protección resulta inconducente para tal fin, ni tampoco es viable prohibir in aeternum el ingreso de los menores de edad a los espectáculos taurinos, en desconocimiento de los derechos fundamentales de los niños a la educación, cultura y recreación."

En consecuencia, de la normatividad nacional se desprenden 2 límites a la asistencia de los menores de edad a los espectáculos taurinos: el primero, que todo menor de 10 años siempre debe estar acompañado de un adulto (Ley 914 de 2004 y, el segundo, que si el citado espectáculo comienza después de las 9:00 P.M. los menores de 14 años deben estar acompañados de sus padres o parientes mayores de edad (artículo 146 del Código Nacional de Policía).

2. REFERENTES DISTRITALES.

Visto el anterior marco normativo nacional, procedente es entonces descender al objeto mismo de su consulta, es decir, el relativo a si en el Distrito Capital existen o no reglamentos *"antitaurinos"* que regule el ingreso de menores de 10 años a este tipo de espectáculos.

Al respecto, el Acuerdo 79 de 2003, artículo 132 numeral 3º lo siguiente:

ARTÍCULO 132.- Condiciones que favorecen la seguridad de los espectáculos. *Los espectáculos deben ofrecer condiciones de seriedad y de seguridad a los espectadores y a los artistas. Los organizadores o empresarios del espectáculo, deben observar los siguientes comportamientos:*

> *3. Controlar el ingreso de menores de acuerdo a la clasificación del espectáculo y la hora en que se realice. En todo caso, se permitirá la entrada de menores de siete años a los espectáculos públicos culturales, deportivos, recreativos, fiesta brava, salas de vídeo, siempre que estén acompañados de un adulto responsable y de acuerdo con el reglamento establecido para el espectáculo*

Es del caso señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en fallo proferido el pasado 17 de marzo de 2005, en proceso de nulidad simple, demandante Felipe Andrés Soler Pulido, expediente 2003 – 0652, planteó un debate similar al anotado ya en la Corte Constitucional.

En efecto, el actor reprocha jurídicamente la norma basado en lo siguiente:

1). El Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo 79 del 2.003, en cuyo artículo 132 se permite, en todo caso, la entrada de los menores de siete años a la fiesta brava (corrida de toros).

2). La presencia de los niños en las corridas de toros atenta contra sus derechos, por cuanto los expone a la violencia, les ocasiona traumas sicológicos, les produce terror, angustia, dolor, repulsión y puede causar daños irreparables y definitivos en sus conductas y estado mental futuro.

3). La fiesta brava es un espectáculo cuyas connotaciones e imágenes son las siguientes:

4). Una enorme tortura y sufrimiento que se inflige sin causa alguna a un animal.

5). Dar muerte de manera violenta a un animal.

6). Exponer la vida de unos seres humanos (toreros, banderilleros, rejoneadores, etc) a sufrir heridas o la muerte, también sin justificación alguna, aparte de una morbosa atracción.

7). Exponer la vida de un animal (el caballo de rejoneo) a la acometida de otro animal, el toro, que en su desespero por huir del tormento que se le ocasiona, lo puede lesionar.

8). Ver el espectáculo de adultos regocijándose con el dolor del toro.

9). Ver el espectáculo (grotesco) de adultos embragándose y vociferando con motivo del sufrimiento del animal y el peligro del hombre.

10). La insensibilidad hacia la sangre y el dolor, que se rodea de simbolismos vacuos.

11º). El toreo es un espectáculo donde un animal es torturado, hasta morir, para solaz, generalmente de adultos que consumen licor y vociferan en la plaza.

12º). Las corridas de toros no se pueden justificar a la luz fe análisis basado en el derecho, la moral, la ética o la conveniencia socia. Se mantienen como otra práctica propia de nuestra sociedad, de las que se resisten a desaparecer, como la corrupción y todas las demás truculencias que alteran día a día la vida de nuestro país. Su observación por parte de los menores y los adolescentes produce en ellos cierto nivel de agresividad, depresión y ansiedad..

Al término del debate procesal, el Tribunal anuló la disposición del Acuerdo 79 de 2003, a través de los siguientes razonamientos concluyendo como juez constitucional del acto administrativo lo siguiente:

"El artículo 44 de la C.P. consagra como derechos fundamentales de los niños, entre otros, los de la salud y la educación. Garantiza su protección contra toda forma de violencia física y moral. Y le impone al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Respecto de la educación dice el artículo 67 ejusdem que ella formará al colombiano en el respeto a la paz, y que el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que debe contribuir al mejoramiento cultural.

En cuanto el derecho a la salud, consagrado en el artículo 49 de la C.P., debe decirse que involucra la promoción, protección y recuperación de la misma, el concepto de salud física y mental,

y demanda su protección integral, a lo que apunta el Sistema Nacional de Salud regulado por las leyes 10 de 1.990 y 100 de 1.993, que privilegian el control de los factores de riesgo para la salud, y los procesos de fomento y prevención.

Para la H. Corte Constitucional hay conexidad entre los derechos a la salud y a la vida, como se vislumbra en estos textos: "... Por eso supone la integridad física y moral, la atención de necesidades primarias y la preservación de un ambiente sano y, por supuesto, los elementales cuidados de la salud en cuanto condición necesaria de subsistencia...".1

"Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable..."2.

Esos artículos constitucionales se entienden desarrollados por los artículos 1 de la ley 115 de 1.994, cuando define la educación como un proceso de formación permanente, personal, cultural y social, que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes; lo mismo que cuando predica que la educación cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad; y 5, al señalar, entre otros, como fines de la educación los previstos en los numerales 1 y 2, así:

"Art. 5.- ***Fines de la educación.*** *De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación se desarrollará atendiendo a los siguientes fines:*

"1). El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos.

"2). La formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad".

La educación es un sistema de aprendizaje que puede conducir, en eventos como una corrida de toros, a que en virtud de un proceso de imitación asuma el menor o el adolescente conductas violentas que ha visto aplaudir por los mayores, modo como ante él legitimarían un acto de crueldad con los animales, desnaturalizador de la relación entre el hombre y el animal, como es el de "la fiesta brava".

A través de ese proceso de aprendizaje, en el que el menor interpreta y evalúa lo que ocurre a su alrededor, él, sujeto del mismo, forma su criterio respecto de un hecho (espectáculo público) impregnado de la violencia que se ejerce sobre un animal, particularmente en lo que los expertos denominan tercios de varas y de banderillas; violencia que llega a su máxima expresión cuando

al toro se le causa la muerte con una espada; momentos que despiertan intensas emociones y aplausos, si hay buena colocación de las varas, las banderillas y el instrumento de matar.

En esos "tercios" y en la "suerte de espadas", sin lugar a dudas se le causa sufrimiento a un animal que, en ocasiones huye, busca las tablas y se "aquerencia" víctima de dolor, al que son ajenos los espectadores, que primordialmente centran su atención en los autores de las faenas que, de ser acertadas, son premiadas con aplausos y vítores.

Esto es lo que ven los menores en una plaza de toros, y de ahí se pueden crear un criterio equivocado respecto del tratamiento que en el redondel se le ha dado a un toro - que muge y sangra - cuyo castigo y muerte emocionan y embriagan.

Bastante probable es que un menor asistente a las corridas, por lo menos en sus años mozos piense que no es malo herir y matar a los animales, ya que fue testigo del júbilo y la alegría que experimentaron los mayores cuando esto sucedió con un toro en una corrida.

En esas imágenes, que apreció en una plaza de toros, puede el menor encontrar elementos que propiciarían conductas agresivas, adquiridas en un medio desfavorable, y resultantes de una educación defectuosa.

La exposición a factores de riesgo y la convivencia con hechos provistos de violencia, pueden insensibilizarlo frente al dolor y la muerte, situaciones sintomáticas en la Colombia de ayer, y especialmente de hoy, que se desenvuelve en circunstancias socialmente costosas y dolorosas, provocadas por la insurgencia; el fenómeno paramilitar, el narcotráfico y la delincuencia común, actividades a las que no son ajenos menores sin educación; o a quienes les fue inadecuadamente impartida, lo que ha llevado a que sean duchos en el manejo de antivalores.

Los espectáculos públicos para los sociólogos son uno de los ámbitos pedagógicos (como el hogar, el barrio, la ciudad, la escuela, el evento cultural) que inciden en la formación de los valores éticos requeridos para la convivencia.

Ese "espectáculo", repítese, en el que campea la violencia, como sucede en las corridas de toros, no puede ser el escenario más propicio para la difusión y apropiación de valores.

No puede perderse de vista que en las corridas de toros los toreros y sus cuadrillas derrochan arte, valor y conocimientos, y que son unos verdaderos y arriesgados profesionales, pero ello no amerita la presencia de los menores de siete años en las plazas de toros, en un evento en el que alternan el arte y la violencia, última condición que predomina: ***arte hay en las suertes de capote y muleta. Violencia en los tercios de varas y de banderillas, y en alta expresión en la "suerte de espadas", llegando al summun cuando hay descabello por haber fallado el "matador" con la espada.***

Para los estudiosos del tema, un espectáculo público es un lugar de vivencias, experiencias y aprendizaje.

Siguiéndolos a ellos es dable predicar que un menor de 7 años no posee la capacidad de discernir de un adulto, pero si tiene una sensibilidad natural para conmoverse ante el dolor y el sufrimiento, sensibilidad que podría distorsionarse al ver la reacción de los adultos cuando se tortura a un toro en la eufemísticamente llamada fiesta brava.

En las corridas de toros los menores pueden hallar un ejemplo aleccionador dañino, al ver como los "adultos responsables" se solazan, sin importarles el dolor y el sufrimiento de un toro encerrado en un redondel.

A manera de paliativo prevé la norma demandada la asistencia del menor de siete años a la corrida de toros en compañía de "un adulto responsable", y la observancia del reglamento propio del espectáculo taurino.

No obstante, la experiencia enseña que los adultos que van a las corridas de toros prefieren disfrutar del espectáculo y libar de sus botas, que asumir el papel de maestros explicándoles a los menores la ciencia, el arte y las bondades que revisten el arte de cúchares.

Esa previsión normativa no es garantía de la eliminación de los riesgos inherentes a la observación por parte de un menor de un espectáculo violento que, sin duda, le produce un impacto emocional con repercusiones en su integridad física y moral.

Infiérese del análisis que antecede que la expresión demandada conduce a que se afecte la salud de los menores, a que reciban una educación defectuosa y a que no se les otorgue la protección integral que les deben el Estado y la sociedad; situaciones que comportan desconocimiento directo de los artículos 1 Y 5 numerales 1 y 2 de la ley 115 de 1.994 (Ley General de la Educación), y del Código del menor, específicamente de los artículos 8, en tanto busca poner a los menores a salvo de toda forma de violencia; 16, protector de su integridad personal; y 323, que prohíbe el ingreso de menores a sitios donde se presenten espectáculos atentatorios contra la integridad moral o la salud física o mental de los mismos. También implica, por contera, vulneración de los artículos 44 y 67 de la C.P., que respectivamente elevan al rango de derechos fundamentales de los menores, los de la salud y la educación.

Para ilustrar el tema se transcribe a continuación el texto tomado del Internet, que contiene la exposición de motivos de una proposición presentada por 5 integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el 15 de Enero de 2.005, para que se reforme, en el siguiente sentido, el artículo 101 del Reglamento Taurino para el Distrito Federal.

De tal documento la Sala destaca las normas citadas de la Declaración de Derechos del Niño, y la reflexión de la UNESCO sobre la tauromaquia.

"Artículo 101.

Asimismo, queda prohibida la entrada a las personas menores de catorce años para asistir como espectadores a los espectáculos taurinos, por considerarlos nocivos a su salud mental".

"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Arte de torear está arraigado en España desde hace muchos siglos. Ya en las prehistóricas pinturas rupestres se pueden observar dibujos de toros. Desde estos primeros contactos con el toro, se fue desarrollando poco a poco el arte de torear, hasta llegar a lo que hoy en día conocemos como La Lidia del toro bravo, variedad bovina que evolucionando desde razas de toros egipcios y uros europeos, han convertido al toro bravo español en una raza única y presente tan sólo en la Península Ibérica, sur de Francia y en Hispanoamérica.

Por supuesto que, como sabemos, los toros son una de las tradiciones españolas más conocidas en todo el mundo, aunque al mismo tiempo una de las más polémicas e impactantes, esto, por lo grotesco de la escena, ya que deja una huella imborrable para las personas que lo presencian, por la sangre y la violencia en que se desenvuelve el medio taurino.

Así mismo, todo el que ha estudiado siquiera un poco al ser humano, sabe que las vivencias y recuerdos de la infancia hasta parte de la adolescencia dejan una marca imborrable para toda la vida, influenciando, por supuesto, el comportamiento futuro bueno o malo que pudiera tener.

Siguiendo el mismo orden de ideas, la Declaración de los Derechos del Niño proclamada el día 20 de Noviembre de 1959 en su Artículo 2 señala lo siguiente: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño."

En relación a todo esto, el Artículo 7 de esta misma declaración establece a la letra: "El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar 't orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho."

Igualmente en el Articulo 9 establece: "El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata."

Y ya por último el Artículo 10 señala: "El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa, o de cualquiera otra índole, debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes."

Tomando todas estas consideraciones en cuenta, por la importancia que guardan, es imprescindible fomentar en los niños una cultura de paz y de respeto por todos los seres vivientes, y no

permitir su ingreso a los sangrientos espectáculos taurinos, además de que causan trastornos psicológicos en los niños.

Es esencial mencionar que en el mes de Septiembre de 1999 un estudio de investigación realizado en España, demuestra que los niños sufren trastornos psicológicos si asisten a las corridas de toros, el informe encargado por el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, considera que "se debe evitar en las múltiples "diversiones" en que los toros son protagonistas (corridas, encierros, capeas, tientas, espectáculos de vaquillas, etc.) que los adultos o los niños mayores maltraten a los animales y que los mismos menores sean testigos de este maltrato."

Dicho estudio, elaborado por cuatro equipos diferentes de investigadores coordinados, muestra las siguientes consideraciones:

Equipo A: "La visión de las corridas de toros puede aumentar la agresividad (especialmente en los varones de 9 años), la ansiedad y el impacto emocional de los niños."

Equipo B: "El que antes de los 13 años se produzca el visionado va a llevar a los niños y jóvenes a una insensibilización, que les va a producir una indiferencia a la hora de valorar la fiesta nacional de mayores, ya que buscarán en ella violencia, y no valorarán por sí mismos."

Equipo C: "Los niños menores de 14 años tienen una escasa información acerca de los acontecimientos taurinos, su opinión acerca de ellos es mayoritariamente neutra, tendiendo a negativa."

Equipo D: "Los niños mostraban un mayor rechazo hacia el hecho de que al final de la corrida el toro muera, así como a que durante la corrida se realizaran actividades como la pica y las banderillas que suponen el sufrimiento del animal".

Las corridas de toros son espectáculos sangrientos; nada constructivos y mucho menos humanitarios. Deberían prohibirse, al margen de que sean considerados como un atractivo turístico, ya que conlleva a la muerte del toro y hay desventaja en el encuentro del torero y el toro: el torero busca enfrentar y provocar al toro y no el toro al torero, lo que demuestra la naturaleza pacífica de estos animales y la actitud incivilizada y violenta del hombre, contraria a la cultura de paz que dice buscar.

Ya por último queremos crear conciencia para que este punto de acuerdo sea aprobado con una reflexión declarada por la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia, la Educación y la Cultura) en 1980:

"La tauromaquia es el maltrato y vanal arte de torturar y matar animales en público y según unas reglas. Traumatiza a los niños y los adultos sensibles. Agrava el estado de los neurópatas atraídos por estos espectáculos. Desnaturaliza la relación entre el hombre y el animal. En ello, constituye un desafió mayor a la moral, la educación, la ciencia y la cultura".

Por todo lo anotado, la expresión demandada debe salir del universo jurídico, en la medida en que el cargo contra ella formulado prospera, y se ha desvirtuado la presunción de legalidad que la amparaba.

Por todo lo anotado, la expresión demandada debe salir del universo jurídico, en la medida en que el cargo contra ella formulado prospera, y se ha desvirtuado la presunción de legalidad que la amparaba"

Respecto a este fallo, el Distrito Capital apeló de la decisión, con el propósito de defender las competencias residuales y subsidiarias que tiene el Concejo de Bogotá, D.C, para expedir normas de policía, pero también, para advertir al Consejo de Estado de la existencia de la Ley 916 de 2004 y del pronunciamiento de la Corte Constitucional, lo anterior para evitar que se tuviera dos fallos jurisdiccionales contradictorios, sobre un mismo punto de derecho, la inconstitucionalidad o no del ingreso de menores a los espectáculos taurinos.

El proceso está en Consejo de Estado pendiente de resolver la apelación, pudiendo usted, como cualquier otro ciudadano, intervenir en el proceso judicial en defensa o como contradictor de las normas de policía, en los términos de los Códigos de Procedimiento Civil[118] y Contencioso Administrativo.

No obstante, es del caso advertir que el mismo Acuerdo 79 de 2003 tiene, como una de sus disposiciones expresas, ordenar su inaplicación por parte de las autoridades de policía cuando sus disposiciones contradigan normas del orden nacional.

Al respecto, en el artículo 254 del citado Acuerdos se estatuye:

"ARTÍCULO 254.- Concordancia con el Código Nacional de Policía Decreto Ley 1355 de 1970 y las Leyes. ***El presente Código se expide sin perjuicio de lo prescrito por el Código Nacional de Policía Decreto Ley 1355 de 1970, adicionado por el Decreto Ley 522 de 1971 y las demás leyes, cuyas disposiciones, en caso de contradicción, prevalecen sobre las de este Acuerdo.*** *No obstante, si éste fuera modificado, sustituido o subrogado por una nueva ley, el Concejo Distrital de Bogotá, D.C, si fuera necesario, ajustará las normas del presente Acuerdo a las del nuevo Código Nacional"*

118 **Código de Procedimiento Civil. Artículo 5º** Intervenciones adhesiva y litisconsorcial. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia. El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio. Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. La intervención adhesiva y litisconsorcial es procedente en los procesos de conocimiento, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, desde la admisión de la demanda. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya, y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes. Cuando en el acto de su intervención el litisconsorte solicite pruebas, el juez las decretará si fueren procedentes y las considera necesarias. Si estuviere vencido el término para practicarlas o lo que restare de éste no fuere suficiente, otorgará uno adicional hasta de diez días. Si el juez estima procedente la intervención, la aceptará de plano y considerará las peticiones que hubiere formulado el interviniente. La intervención anterior a la notificación del demandado, se resolverá luego de efectuada ésta. El auto que acepte o niegue la intervención es apelable .

Por lo tanto, desde el punto de vista legal, la norma vigente en todo el país, que regula los deberes y obligaciones de las autoridades, espectadores, y dentro de ellas las limitaciones en razón de su comportamiento en el espectáculo, la edad de los asistentes y la necesidad de que los menores estén acompañados de un adulto es la Ley 916 de 2004.

Razón por la cual, según el mismo dicho de la Corte, el ámbito de aplicación de la Ley 916 es nacional, es decir que, en el Distrito Capital no podría aplicarse actualmente norma de policía local que contradiga las disposiciones de la citada Ley, la cual obliga tanto a las autoridades como a los ciudadanos, siendo uno de ellos los organizadores de los espectáculos públicos.

Debe en todo caso precisarse que, mientras el Acuerdo Distrital, por medio del cual se expide el Código de Policía, es expedido en el año 2003, la Ley Nacional Taurina, lo es en el año 2004, es decir, la Ley citada es posterior al Acuerdo Distrital.

En los anteriores términos hemos absuelto su consulta, permaneciendo atentos para absolver cualquier inquietud adicional.

Atentamente,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia Información: Dr. Juan Manuel Ospina Restrepo
Secretario Distrital de Gobierno

Proyectó: Camilo José Orrego Morales/Asesor Dirección Jurídica

Radicado de salida 2-2007-21593 08/05/07
Bogotá D.C.

Doctor
JUAN CARLOS LÓPEZ CASTRILLÓN
Presidente Club Deportivo Los Millonarios
Carrera 9ª N°. 70 - 09 P. 17
Ciudad

Asunto: Consulta – Ingreso al Estadio Nemesio Camacho El Campín para partidos de fútbol – Radicación N°. 1-2007-13266

Cordial saludo doctor López:

Hemos recibido su consulta del Asunto, remitida por el Director Sector Educación, Cultura, Recreación y Deportes de la Contraloría de Bogotá el día 26 de marzo de 2007, en la cual solicita se le indique si el Club Los Millonarios, como empresario, puede reservarse el derecho de admisión al Estadio Nemesio Camacho El Campín a los partidos que realice como local y restringirle el ingreso a las personas que originen y promuevan el mal comportamiento, como medida de precaución para evitar desórdenes y posibles sanciones de las autoridades deportivas en contra del Club, al respecto se manifiesta lo siguiente:

- Espacio público, destinación y uso.

El artículo 5 de la Ley 9 de 1989, define el espacio público como el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que transcienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Y señala que constituyen el espacio público de la ciudad, entre otras, las áreas requeridas para la recreación pública, activa o pasiva, los parques, plazas, zonas verdes y similares, entre muchas otras.

Por su parte la Corte Constitucional[119] determinó que "El concepto de espacio público conceptualmente ya no es el mismo de antaño, limitado a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes y caminos), según la legislación civil, sino que es mucho mas comprensivo, en el sentido de que comprende en general la destinación de todo inmueble bien sea público o privado al uso o a la utilización colectiva, convirtiéndose

119 Corte Constitucional Sentencia C-346 de 1997. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C., Julio 22 de 1997.

de este modo en un bien social. Es así como el art. 5 de la ley 9 de 1989 entiende por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas, que trascienden, por lo tanto los límites de los intereses individuales de los habitantes"

Ha señalado por su parte el Consejo de Estado[120] que, "la destinación al uso común del espacio público puede ser reglamentada por la autoridad en el ejercicio de sus competencias policivas, pues esa reglamentación constituye un mecanismo para la protección de su integridad, de manera que dicho uso común puede, bajo ciertas circunstancias, ser limitado, de acuerdo con la ley y los reglamentos administrativos, sin que ello constituya violación del artículo 82 constitucional. Dicha reglamentación no significa que se le otorgue prevalencia al interés particular sobre el interés colectivo, pues ella busca que se satisfagan de la mejor manera los intereses culturales, artísticos y deportivos de la comunidad, mediante el uso racional de ese espacio público, evitando la ocupación permanente del mismo o la perturbación de su uso".

En este tema la Corte Constitucional determinó que la destinación del espacio público al uso común, incluye la garantía de acceso al mismo para toda la población[121].

No obstante, lo anterior no implica por sí mismo la garantía de gratuidad absoluta del espacio público, en efecto en diferentes oportunidades se han avalado decisiones de las administraciones de autorizar o cobrar el uso de éste, con la finalidad de mantenerlo y conservarlo.

Precisamente, en la sentencia en que se discutió el contrato de arrendamiento del Parque El Salitre de esta ciudad, señaló el Consejo de Estado que "... el contrato no se celebró con la finalidad de conceder **el goce de la cosa en forma exclusiva** a una o varias personas individual o grupalmente consideradas; porque lo cierto es que el parque continuaría en uso público de recreación masiva, seguiría respondiendo a su naturaleza jurídica y a su uso afecto al sistema de espacio público, como parque distrital o espacio verde de uso colectivo para recreación de la comunidad y como bien de uso público destinado a la recreación activa, que se encuentra al cargo del IDRD, entidad en cuyo marco general de competencias recae la labor de mantenimiento, rehabilitación, reparación y construcción de parques del Distrito, y en desarrollo de éstas le fue entregado el parque El Salitre, lo cual incluyó el garantizar la ubicación de éste y velar por el mantenimiento, sostenibilidad y calidad de manejo de las actividades que se desarrollen en el parque.

Lo cierto es que el "arrendamiento" sobre bienes de uso público, dada la evolución de las necesidades de la colectividad, no está prohibido en estricto sentido, sólo que debe responder y estar al uso de la colectividad, lo cual responde al artículo 1.996 del Código Civil, esto es que el

120 Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - C.P. Dr. Manuel S. Urueta Ayola. Expediente 5504. Bogota, D.C., Marzo 23 de 2000.

121 Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá Julio 5 de 1995.

arrendatario se obliga a usar la cosa según los términos y el espíritu del contrato y obviamente tratándose de bienes de uso público, conforme a la finalidad al cual está afecto ese bien, en este caso, recreación masiva. Por lo tanto, le está proscrito al arrendatario servir la cosa arrendada a otros objetos distintos que el contrato señale; es más, a falta de convenio, deberá hacerlo conforme a los usos y servicios a los cuales está naturalmente destinada..."[122]

Entonces, y si bien se puede alquilar, arrendar ó entregar en concesión el espacio público, las formas contractuales que se utilicen deben estar completamente regladas para no afectar los derechos de los administrados, y no pueden llegar al extremo ni de afectar el núcleo esencial del derecho a gozar del espacio público, ni de restringirlo injustificadamente para un grupo de personas.

La Corte Constitucional, respecto de la posibilidad de restricción del derecho indicó[123]:

> "Para garantizar que tal restricción de derechos sea legítima y, por ende, no arbitraria, se requiere no sólo que goce de un "fundamento jurídico constitucional" y de "proporcionalidad", sino que además no llegue a anular la posibilidad que tienen las personas para construir autónomamente un modelo de realización personal. Por ende, no basta que se alegue a priori "el derecho de otras personas", como lo ha criticado esta Corporación, o que "la facultad de la autoridad se base en normas jurídicas válidas, sino que, en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental" analizado..."

Se señala entonces en este pronunciamiento que para que la medida sea legítima, es necesario que ella pretenda satisfacer un interés legítimo y que se trate de una necesidad social imperiosa, igualmente el trato diferente debe ser además de adecuado para alcanzar el objetivo, absolutamente necesario, es decir que no puede existir otra medida alternativa y por último señala el máximo tribunal constitucional que debe evaluarse con severidad la proporcionalidad de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una *realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación.*

Indica este fallo además:

> "Las vías públicas o las calles en un sentido estricto, son foros de acceso colectivo por excelencia, circunstancia que les atribuye un plus de garantía y de neutralidad por parte del Estado en relación con quienes pueden o no, como ciudadanos, hacer uso de ellos. Una consideración así no indica que no estén

122 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Radicación N°. 25000-23-27-000-2003-02077-01. Bogotá. D.C. Junio 22 de 2006.

123 Corte Constitucional Sentencia T-268 de 2000. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. 7 de marzo de 2000.

sometidos a reglas de utilización, sino que las reglas no pueden ser los únicos criterios válidos para suprimir unívocamente la expresión de uno o varios grupos sociales, por el simple hecho de su condición. Por consiguiente, no es pertinente facilitar el acceso de algunas personas y evitar el de otras al espacio público, por cuanto las reglas no discriminan entre personas sino propugnan por una utilización adecuada de dichos ambientes por parte de todos. Un uso desproporcionado, irrazonable y atentatorio de derechos de terceros es, a juicio de esta Corporación, la conducta que se encuentra proscrita por la Carta y que debe ser controlada por la administración.

En efecto, reconoce la Corte que en estos espacios se deben asegurar las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que se deben consolidar en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. Sin embargo, las exigencias de las autoridades en ese sentido deben dirigirse a los ciudadanos en general, - sean por ejemplo homosexuales o heterosexuales -, **y no presuponer a priori la alteración del orden social por parte de un grupo específico de ciudadanos**, por el mero hecho de que una manifestación de su identidad ponga de presente su condición personal"[124]. (negrilla fuera de texto)

Así, es deber de las Administraciones garantizar la destinación del espacio público al uso común, pero al mismo tiempo debe tomar las medidas administrativas y policivas necesarias para su conservación y protección, siempre que las mismas no sean de tal naturaleza que lleguen a desconocer los derechos de las personas.

Lo anterior implica que la utilización que se haga de cualquier medida tendiente a lograr esta finalidad debe estar dirigida a la protección de otros derechos de la misma o superior envergadura que aquel que se restringe en alguna medida, pero además implica que tal restricción sea reglada, adecuada y no afecte en mayor medida a ningún grupo poblacional.

- **Espectáculos públicos y medidas correctivas**

El Código Nacional de Policía – Decreto Nacional 1355 de 1970, entiende por espectáculo, la función o representación que se celebra en teatro, circo, estadio, plaza, salón o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarlo u oírlo. (Artículo 134)

A su vez el Código Distrital de Policía – Acuerdo 79 de 2003, indica que los espectáculos públicos constituyen una forma de recreación colectiva que congrega a las personas que asisten a ellos, para expresar sus emociones, disfrutar y compartir las expresiones artísticas donde la invitación al público sea abierta, general e indiferenciada. (Artículo 30)

124 Ibídem.

Igualmente señala en su artículo 20 los comportamientos que favorecen la seguridad en los espectáculos públicos, y entre las medidas de seguridad que deben ser adoptadas para estos eventos dispone como deber por parte de los organizadores o empresarios que los realizan, entre otras:

2.4. Impedir el ingreso de armas, bebidas embriagantes, estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas, o de personas bajo la influencia de éstas, y de cualquier clase de objeto que pueda causar daño; y además

2.5. Vigilar el comportamiento del público para evitar que se presenten actos que pongan en peligro o que molesten a los asistentes, los artistas y los vecinos.

Igualmente otra de las medidas que favorecen la seguridad de los espectáculos respecto de los organizadores o empresarios, contenida en el artículo 132 del mismo Código es:

1. Controlar el ingreso de menores de acuerdo a la clasificación del espectáculo y la hora en que se realice....

En el mismo sentido el artículo 167 del Código Distrital de Policía fija la medida correctiva de expulsión de sitio público o abierto al público y compromiso de cumplir las reglas de Convivencia Ciudadana en los siguientes términos:

Consiste en el retiro del sitio público o abierto al público por los miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C., aún si es necesario con el uso de la fuerza, de la persona o personas que incurran en un comportamiento contrario a las reglas de convivencia ciudadana y se le instará a cumplir las mismas.

Y a su vez el artículo 209 del Código Nacional de Policía señala:

La expulsión de sitio público o abierto al público será impuesta por el oficial, suboficial o agente de policía que se halle en el lugar:

2o) Al que de alguna manera impida o dificulte a otro presenciar tranquilamente el desarrollo de un espectáculo.

6o) Al que altere o pretenda alterar el turno de fila hecha para entrar a un espectáculo o para realizar diligencias en oficina pública.

7o) Al que haya entrado en sitio público o abierto al público contrariando las instrucciones u órdenes de las autoridades, de los empresarios o de sus empleados...

Por otra parte, el artículo 186 del Código Nacional de Policía determina como medida correctiva la prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público, y el artículo 205 de la misma disposición al determinar las contravenciones que permiten la imposición de esta medida correctiva señala que:

Compete a los comandantes de estación y de subestación prohibir la concurrencia a determinados sitios públicos o abiertos al público:

1) Al que por más de dos veces haya dado lugar a graves hechos perturbadores del orden público en esos sitios.

- Estadio El Campín

El Decreto Distrital 523 de 1999 reglamentó la realización de eventos deportivos en el Estadio Nemesio Camacho El Campín y otros escenarios deportivos del Distrito Capital, con ocasión del campeonato de fútbol profesional y el Decreto Distrital 640 de 1999 reglamentó el uso del Estadio, y señaló las medidas a las cuales está sujeta su utilización dentro de las que se cuenta, días de uso, horario de eventos y de instalación, ensayos, restricción de graderías y de ruido, orientación de equipos técnicos, manejo de la gramilla, seguridad, salidas, puertas, pista atlética, aseo, servicios sanitarios, iluminación, y contadores.

Por su parte el Decreto 321 de 2004, modificó algunos apartes de estas dos normas y fijó pautas para la realización de espectáculos públicos.

Y a su vez, el Código Distrital de Policía prohíbe en su artículo 27, vender o consumir bebidas embriagantes en estadios, coliseos y centros deportivos y espacios públicos, cuyo desacato dará lugar a la imposición de medidas correctivas.

La administración de este escenario deportivo está a cargo del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte - IDRD quien mediante Resoluciones fija las tarifas y condiciones particulares de uso del mismo y además suscribe los contratos necesarios para su alquiler y responde por el mantenimiento y destinación del bien.

- Caso concreto

De las normas y posiciones jurisprudenciales citadas y transcritas se concluye que al ser el Estadio El Campín un bien destinado al uso público debe garantizarse su ingreso a cualquier evento deportivo al total de la población dentro de los parámetros dados por los reglamentos para el efecto.

Así, en principio el cobro que se realiza para el ingreso es una primera restricción que se encuentra avalada por la legislación y la jurisprudencia nacional al tenor de lo anotado precedentemente, con la finalidad de proteger y conservar el bien.

Pero a la vez es posible aplicar otras medidas de restricción con la finalidad de conservar el orden público. No obstante esa restricción como lo ha señalado la Corte Constitucional, no puede ser arbitraria, ni quedar al arbitrio de quien debe aplicar la norma de policía y menos aún de quien en virtud de un contrato tiene la responsabilidad transitoria del mismo.

Precisamente el artículo 186 del Código Nacional de Policía determina que es posible restringir el ingreso de personas a un sitio público o abierto al público, a quien haya dado lugar a graves hechos perturbadores del orden público en esos sitios, más de dos veces.

Ello implica que la posibilidad de restringir la entrada al Campín opera en la medida en que a la persona se le hayan impuesto dos medidas correctivas previas por hechos relacionados con la perturbación del orden público en el Estadio El Campín.

Es decir, la aplicación de esta medida correctiva no puede desbordar los límites de la función de policía, hasta llegar a afectar a cualquier persona que desee ingresar al Estadio, sino que debe ser aplicada de acuerdo con los parámetros dados por el Código Nacional de Policía y de conformidad

con los procedimientos contenidos tanto en ese Estatuto como en las normas distritales de policía, dentro de las que se cuentan el Código Distrital de Policía.

Estas normas buscan por una parte proteger tanto el escenario mismo, como a la población que asiste al evento deportivo, pero a la vez propenden por el respeto al debido proceso que debe adelantarse contra las personas que eventualmente pueden llegar a verse implicadas en los hechos que fundamentan la restricción de la entrada al lugar.

Así entonces, el empresario no puede de manera arbitraria restringir el ingreso de personas al Estadio Nemesio Camacho El Campín, como quiera que por ser espacio público destinado al uso común, cualquier persona puede ingresar cumpliendo las normas sobre uso del mismo. No obstante y como ya se indicó las autoridades de policía están facultadas para restringir el ingreso de personas al mismo, de conformidad y bajo las condiciones de los artículos 186 y 205 del Código Nacional de Policía.

En conclusión, sí se puede restringir la entrada al Estadio Nemesio Camacho El Campín, no de forma injustificada sino al tenor de lo dispuesto por los artículos 186 y 205 del Código Nacional de Policía – Decreto Nacional 1355 de 1970, de conformidad con lo señalado precedentemente en este documento.

De esta manera se absuelve el interrogante formulado por Usted.

Esta respuesta en todo caso, será remitida a la Secretaría Distrital de Gobierno para su difusión dentro de las autoridades de policía competentes.

Cordial saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia información:

Dr. JOSÉ JAIME TAPIAS PATRÓN – Director - Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte IDRD.
Dr. ANDRÉS RESTREPO RESTREPO - Subsecretario de Asuntos para la Convivencia y Seguridad Ciudadana - Secretaría Distrital de Gobierno.
Dr. RAÚL NAVARRO MEJÍA – Jefe Oficina Asesora Jurídica – Secretaría Distrital de Gobierno.
Dr. ALBERTO CAMILO SUÁREZ DE LA CRUZ – Director Sector Educación, Cultura, Recreación y Deportes Contraloría de Bogotá D.C.
Dr. LUIS EDUARDO MÉNDEZ - Presidente Club Deportivo Santa Fe - Calle 64A No. 38 – 08

Proyectó: Ximena Aguillón Mayorga
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicados de salida	2 - 2007 - 31768	15-06-07
	2- 2007- 32755	22-06-07
	2- 2007- 34174	28-06-07
	2- 2007- 52932	02-10-07

Bogotá, D.C.,

Señor
SEGUNDO ARIOLFO ANGULO GUIZA
Calle 24 No. 16 – 32
Ciudad

Asunto: Radicación No. 1-2007 – 26384 /1 – 2007 – 41166 Derecho de Petición bajo la forma de consulta – Recurso de apelación contra las decisiones de los comandantes de estación.

Hemos recibido el oficio de la referencia, mediante el cual solicitó a la Alcaldía Local de Chapinero absolver algunos interrogantes relacionados con la impugnación de las decisiones tomadas por los comandantes de estación en los casos de cierre temporal de establecimientos de comercio.

Señala en la comunicación enviada a esta entidad que sus interrogantes consisten en lo siguiente:

1) Cuál de los funcionarios oficia como segunda instancia de las decisiones tomadas por los comandantes de estación si los Alcaldes Locales o el Señor Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, dado que en los casos de cierres temporales de establecimientos de comercio debe concederse siempre el recurso de apelación o impugnación?

2) Por qué razón en la mayoría de las ocasiones los establecimientos de comercio son sellados temporalmente los días de fines de semana (viernes, sábado, domingos, lunes festivos) si la presunta contravención, es decir el sello se pospone hasta el fin de semana siguiente?

Para dar respuesta a los interrogantes planteados, primero que todo se hará una relación de las normas aplicables así:

I. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En cuanto a la procedencia y clases de medidas correctivas, se encuentran las siguientes normas dentro del Código de Policía de Bogotá:

"**ARTÍCULO 157.- Procedencia de las Medidas Correctivas.** Las autoridades de Policía competentes, mediante el procedimiento y los criterios establecidos en este Código, aplicarán ante un comportamiento contrario a la convivencia ciudadana, las medidas correctivas a que haya lugar, en los siguientes casos:

1. Cuando no sea pertinente dictar una Orden de Policía para hacer cesar el comportamiento porque ya se haya consumado;

2. Cuando dictada la Orden de Policía, ésta no se haya cumplido, y

3. Cuando surtido el procedimiento establecido en los artículos 206 y 207 de este Código, no fuera procedente dictarla.

PARÁGRAFO. Las medidas correctivas pueden ser impuestas, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar".

En cuanto a las Autoridades de Policía en el Distrito Capital y sus competencias señala el Código de Policía de Bogotá:

"ARTÍCULO 186.- Autoridades Distritales de Policía. Las Autoridades Distritales de Policía son:

1. El Alcalde Mayor;

2. El Consejo de Justicia;

3. Los Alcaldes Locales;

4. Los Inspectores de Policía Zona Urbana y Zona Rural;

5. Los Comandantes de Estación y Comandos de Atención Inmediata, y

6. Los Miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C." (Subrayado y Negrilla Fuera de Texto)

"**ARTÍCULO 191.- Competencia del Consejo de Justicia de Bogotá, D.C.**

Compete al Consejo de Justicia conocer de los siguientes asuntos:

1. En única instancia:

1.1. De los impedimentos y recusaciones de los Inspectores de Policía y los Alcaldes Locales, y

1.2. De los conflictos de competencia que se susciten entre los Inspectores de Policía y los Alcaldes Locales;

2. En segunda Instancia:

La segunda instancia de los procesos de policía será surtida por el Consejo de Justicia, salvo las excepciones de Ley". (Subrayado y Negrilla Fuera de Texto)

"ARTÍCULO 193.- Competencia de los Alcaldes Locales. Corresponde a los Alcaldes Locales en relación con la aplicación de las normas de convivencia: (...)

13. Conocer en primera instancia: (...)

13.4. De los procesos por comportamientos contrarios a las reglas de convivencia ciudadana para el funcionamiento de establecimientos industriales, comerciales y de servicios".

"ARTÍCULO 197.- Comandantes de Estación y de Comandos de Atención Inmediata. Compete a los Comandantes de Estación y de Comandos de Atención Inmediata tomar las medidas conducentes para prevenir los comportamientos contrarios a la convivencia ciudadana en materia de solidaridad, tranquilidad, relaciones de vecindad, seguridad, salud pública, respeto por poblaciones vulnerables, ambiente, espacio público, movilidad, patrimonio cultural, libertad de industria y comercio y juegos, rifas y espectáculos.

Podrán impartir Órdenes de Policía y aplicar las medidas correctivas de amonestación en privado, amonestación en público, expulsión de sitio público o abierto al público y cierre temporal. Adicionalmente, podrán suspender los espectáculos públicos cuando el recinto o lugar sea impropio, no ofrezca la debida solidez, someta a riesgo a los espectadores o no cumpla con los requisitos de higiene. De esta suspensión deberá quedar constancia por escrito, remitiendo copia de la misma al organizador del espectáculo".

En relación con la garantía del debido proceso, la Constitución Política Señala:

"ARTICULO 29. 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".

En cuanto a la jurisprudencia vigente relacionada con la segunda instancia de las decisiones tomadas por los comandantes de estación, como resultado del análisis de constitucionalidad del artículo 229 del Código Nacional de Policía[125], la Sentencia C – 117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Treviño, señaló lo siguiente:

"Examen de constitucionalidad del artículo 229 del Decreto 1355 de 1970

29. La Corte Constitucional en múltiples oportunidades ha señalado que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja que cobija especies como el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el ejercicio del poder de policía, el derecho de punición por indignidad política, y el control de las profesiones, entre otras. Ha establecido que los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Sin embargo, en aquellos ámbitos distintos al derecho penal, dicha aplicación ha de considerar sus particularidades y especificidades.

33. La secuencia jurisprudencial reseñada tiene como propósito destacar que **no obstante el criterio reiterado de esta Corte en el sentido que las garantías propias del debido proceso penal, son aplicables, con matices y cierto nivel de flexibilidad, a otros procedimientos que materializan ejercicio de poder sancionatorio, en materia policiva dichas garantías se han extendido sin restricciones, ni matices, en virtud de las identidades que presentan estos dos esquemas sancionatorios.** En efecto, los dos tienen como destinatarios los miembros de la colectividad en general; ambos tienen un componente coercitivo, y en uno y otro se contemplan restricciones a las libertades, como consecuencia de una conducta infractora.

125 **ARTICULO 229.**- Contra las medidas correctivas impuestas por los comandantes de estación o subestación no habrá ningún recurso. Contra las impuestas por los alcaldes e inspectores, procede el de reposición . **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante** Sentencia C-117 de 2006.

En ese orden ideas, las medidas correccionales de policía, no obstante que no constituyen en sentido formal una sentencia condenatoria, sí comportan severas restricciones al ejercicio de la libertad, impuestas por la autoridad de policía como consecuencia de una falta que se aprecia como perturbadora del orden público. En consecuencia, los destinatarios de estas decisiones deben estar amparados por el derecho de impugnación consagrado en le artículo 29 de la Constitución.

Así lo entendió la Corte cuando al revisar el procedimiento para la imposición de medidas correctivas señaló:

"(...) Por tratarse de la imposición de una medida correctiva, debe cumplirse la garantía del debido proceso, exigida por el artículo 29 de la Constitución. En efecto en dicha audiencia deben cumplirse los requisitos mínimos del debido proceso como son: citación a las partes a la audiencia, con indicación del día, hora y lugar; presentación de los hechos y posibilidad de controvertirlos (...)[126]"

34. En lo que concierne específicamente al derecho de impugnación de las medidas correccionales que imponen las autoridades de policía en ejercicio de la función y la actividad de policía, dijo la Corte:

"Así, la medida de cierre de establecimiento abierto al público que puede imponer el comandante de policía, en primer lugar, sólo se puede aplicar conforme a las situaciones jurídicas previstas en la ley (principio de estricta legalidad); segundo, esta medida tiene carácter temporal lo cual significa que los miembros de la Policía Nacional no imponen una sanción definitiva que comprometa los derechos de las personas; y, tercero, la medida sancionatoria puede impugnarse ante el superior jerárquico (el alcalde municipal) lo que garantiza el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa".

Para la Corte es claro que, por tratarse de decisiones que se adoptan en un contexto de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, que tienen la potencialidad de afectar derechos fundamentales de sus destinatarios, deben estar sometidas a la garantía de impugnación prevista en la Constitución (Art. 29) para las sentencias condenatorias en materia penal.

35. En conclusión, (i) conforme a la Constitución (Art. 29) existe un derecho de impugnación que se integra al complejo de garantías del debido proceso, aplicable en el ámbito judicial y administrativo; (ii) en materia de medidas correccionales de

Sentencia C- 490 de 2002 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

policía (a diferencia de lo que ocurre en materia disciplinaria) la Corte ha aplicado un criterio amplio, en el sentido de extender plenamente las garantías del debido proceso penal a este ámbito contravencional; (iii) las medidas correccionales que imponen los comandantes y sub comandantes de policías, deben estar sometidos al derecho de impugnación previsto en el artículo 29 de Constitución.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión "Contra las medidas correctivas impuestas por los comandantes de estación o subestación de policía no habrá ningún recurso"".

De igual forma, la Corte en la Sentencia C – 492 de 2002, al referirse a la imposición de medidas correctivas por parte del comandante de estación de policía, particularmente a la impugnación de dicha decisión señaló:

"El ejercicio de las funciones otorgadas a los miembros de la Policía Nacional para la protección del orden público se desarrolla con el fin de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (art. 218 superior). En desarrollo de esta función la Policía Nacional puede aplicar medidas preventivas y correctivas sujetas al principio de legalidad y cuando se encuentra ante situaciones que exigen una acción inmediata para contrarrestar las agresiones que ponen en peligro los derechos y bienes de las personas, su acción debe ajustarse a los estrictos principios de proporcionalidad y razonabilidad del uso de la fuerza.

De otra parte, esta Corporación ha hecho énfasis en las condiciones jurídicas que deben cumplir las normas que establecen medidas administrativas de corrección. Dichas medidas deberán estar sujetas al principio de estricta legalidad, pues deben ser definidas en forma clara, expresa y precisa y conceder facultades de plena disposición en las que los derechos y libertades se desdibujen. Esto significa también, que las medidas correctivas sólo pueden aplicarse garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa.

De otro lado, el artículo 315,2. de la Ley Fundamental prescribe que el alcalde es la primera autoridad del municipio y está facultado para ejercer la función de policía local, por ello, consideran los demandantes que las disposiciones impugnadas desconocen esta atribución al otorgar al comandante de estación la posibilidad del cierre temporal de los establecimientos abiertos al público. Conforme a la distinción entre poder, facultad y actividad de policía, las normas demandadas no desconocen la condición de los alcaldes municipales como primera autoridad

de policía, conferida por la Carta Política, porque los artículos impugnados del Código Nacional de Policía desarrollan la distribución de competencias para la protección del orden público. Así, la medida de cierre de establecimiento abierto al público que puede imponer el comandante de policía, en primer lugar, sólo se puede aplicar conforme a las situaciones jurídicas previstas en la ley (principio de estricta legalidad); segundo, esta medida tiene carácter temporal lo cual significa que los miembros de la Policía Nacional no imponen una sanción definitiva que comprometa los derechos de las personas; y, tercero, la medida sancionatoria puede impugnarse ante el superior jerárquico (el alcalde municipal) lo que garantiza el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa." (Subrayado y Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto en el marco legal y jurisprudencial relacionados con el tema de interés, debe señalarse que el "cierre temporal de establecimiento" corresponde a una de las medias correctivas establecidas en el Código de Policía de Bogotá, que puede ser impuesta por las autoridades de policía en los casos en los que sea necesario para restablecer el orden público, entre otros.

Como se observó, las competencias tanto para conocer de los procesos policivos por comportamientos contrarios a las reglas de convivencia ciudadana para el funcionamiento de establecimientos industriales y comerciales, como la imposición de la medida correctiva de "cierre temporal de establecimiento", están plenamente delimitadas en el Código de Policía de Bogotá, el cual señala en el artículo 193 No. 13.4, que corresponde al Alcalde Local conocer en primera instancia de dicho proceso policivo, y que la medida correctiva enunciada, es un mecanismo con el que cuentan los comandantes de estación o los comandos de atención inmediata (artículo 197 CPB).

De igual forma, es claro de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 191 y 193 del Código de Policía de Bogotá, que la segunda instancia de los procesos de policía corresponde al Concejo de Justicia, sin que se otorgue en dichas normas competencia alguna a los Alcaldes Locales para adelantar la segunda instancia de tales procesos.

En cuanto a las jurisprudencias trascritas, queda claro que la Corte Constitucional ha extendido las garantías del debido proceso penal a la imposición de medidas correccionales, toda vez que si bien dichas medidas no son una sentencia condenatoria, sí implican la restricción de libertades públicas, razón por la cual, en todos los eventos en los que sean impuestas por los comandantes y sub - comandantes de policía, habrá derecho a impugnar tal decisión.

II. COMPETENCIA PARA CONOCER EL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con las normas trascritas, en especial el contenido del artículo 193 del Código de Policía de Bogotá, se infiere que los Alcaldes Locales no tienen asignada competencia alguna para

conocer de procesos policivos en segunda instancia. Por el contrario, la norma es clara en asignar funciones a dicha autoridad de policía en única y primera instancia.

En relación con la medida correctiva de "cierre temporal", el artículo 197 del Código de Policía de Bogotá, señala que la misma puede ser impuesta por los comandantes de estación o el comandante de estación inmediata, sin que se prevea en la norma la procedencia de recurso alguno.

No obstante lo anterior, a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales antes mencionados (Sentencia C – 492 de 2002 y C – 117 de 2006), el panorama cambia, y de acuerdo con el contenido de dichas decisiones judiciales, en los casos de imposición de medidas correctivas por parte de los comandantes de estación se aplica el debido proceso y por tanto, procede la impugnación de tal decisión ante el superior jerárquico, que en el entender de la Corte Constitucional es el Alcalde Municipal[127].

En el caso del Distrito Capital, el Constituyente consideró importante y así lo señaló en el artículo 322, que para dicho ente territorial especial se fijaría en los campos político, fiscal y administrativo, un régimen diferente al establecido para los demás entes territoriales, además de indicar que de acuerdo con las normas generales, el Concejo a iniciativa del Alcalde, dividiría el territorio distrital en localidades.

El artículo Constitucional, en lo pertinente señaló:

> CONSTITUCIÓN POLÍTICA: "ARTÍCULO 322. Bogotá, Capital de la República y el Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.
>
> Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.
>
> Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.
>
> A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio".

De acuerdo con lo anterior, el Distrito Capital, cuenta con un estatuto orgánico especial, que es el Decreto Ley 1421 de 1993, en el cual se señalan entre otros, las atribuciones del Alcalde Mayor y la descentralización territorial comprendida por las autoridades locales que son las JAL y los Alcaldes Locales.

127 En la Sentencia C 117 de 2006, el aparte pertinente señala: Así, la medida de cierre de establecimiento abierto al público que puede imponer el comandante de policía, en primer lugar, sólo se puede aplicar conforme a las situaciones jurídicas previstas en la ley (principio de estricta legalidad); segundo, esta medida tiene carácter temporal lo cual significa que los miembros de la Policía Nacional no imponen una sanción definitiva que comprometa los derechos de las personas; y, tercero, la medida sancionatoria puede impugnarse ante el superior jerárquico (el alcalde municipal) lo que garantiza el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa .

Ahora bien, de las dos sentencias de Constitucionalidad que se han citado, se desprende que pese a que no se encuentra contemplado en las normas vigentes sobre la materia la procedencia de recurso alguno contra las decisiones de los Comandantes de Policía, se hace necesario en aras de garantizar el debido proceso que tales decisiones sean impugnadas, es decir que proceda el recurso de apelación ante el superior jerárquico como lo señala el Alto Tribunal.

Así las cosas, y haciendo una interpretación de la jurisprudencia en comento y de la norma orgánica de Bogotá (Decreto Ley 1421 de 1993), podría pensarse que la figura del Alcalde Local existente en el Distrito Capital, es la que más se asemeja a la del Alcalde Municipal, siendo ellos quienes deberían conocer del recurso de apelación de las decisiones en las que los comandantes de la Policía Metropolitana impongan medidas correctivas tales como el "cierre Temporal de Establecimiento de Comercio". Sin embargo, dada la naturaleza especial del Distrito Capital y las específicas competencias otorgadas a los Alcaldes Locales por la norma de policía, no puede conferirles a aquellos competencias que la ley no les ha otorgado.

En este orden de ideas, y de acuerdo con el artículo 191 del Código de Policía de Bogotá, es el Concejo de Justicia la autoridad de policía a la que corresponderá desatar el recurso de apelación interpuesto contra las decisiones de los Comandantes de la policía, en la medida en que por regla general dicho órgano colegiado es el competente para adelantar la segunda instancia de los procesos de policía.

Finalmente, en cuanto a la segunda pregunta, relacionada con la razón por la cual los establecimientos de comercio son sellados temporalmente los fines de semana (viernes, sábado, domingos y lunes festivos) pese a que el sello es impuesto el fin de semana siguiente, debemos manifestarle que esta entidad no posee dicha información, pero consideramos que el Alcalde Local, deberá indagar a los miembros de la Policía Metropolitana sobre esta situación y darle directamente respuesta a su inquietud.

Cordialmente,

CAMILO JOSÉ ORREGO

Director Jurídico Distrital (E)

Copia información: Dr. Héctor Morales - Consejero - Consejo de Justicia
Dra. Deidemia García Quintero – Subsecretaria de Asuntos Locales- Secretaría de Gobierno Distrital
Dr. Raúl Navarro Mejía – Jefe Oficina Asesora Jurídica – Secretaría de Gobierno
Dra. Angélica Lozano Correa – Alcaldesa Local de Chapinero.

Proyectó: Rosmira Gómez
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño

Radicado de salida 2-2007-46435 28-08-07

Bogotá D.C.

Señora:

NIEVES YANETH RUIZ GARZÓN

Calle 9 Sur N°. 18-21

Ciudad

Asunto: Recurso de queja contra providencia N°. 129 de mayo 29 de 2007 del Consejo de Justicia de Bogotá – Querella N°. 5635 de 2007. Radicación N°. 1-2007-36145

Cordial saludo:

He recibido su comunicación del Asunto, dirigida al Alcalde Mayor de la Ciudad por medio de la cual interpone recurso de queja contra la providencia 129 de mayo 29 de 2007 proferida por el Consejo de Justicia de Bogotá, dentro del proceso N°. 5635 de 2007 en el cual Usted es la querellada, por cuanto dicho pronunciamiento rechazó el recurso de apelación interpuesto por Usted dentro del mismo proceso.

El Consejo de Justicia mediante decisión N°. 129 de 2007 rechazó el recurso de apelación instaurado por Usted, por considerar que éste no cumplió con uno de los requisitos para su procedencia, por cuanto el mismo no fue sustentado en la audiencia que profirió la decisión de primera instancia. Por lo anterior interpone Usted recurso de queja contra la decisión aludida indicando que en el proceso administrativo adelantado por la Inspección de Policía Quince A Distrital, se vulneró su derecho al debido proceso.

Frente a su petición le manifiesto lo siguiente:

El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo señala que: Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

(...)

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Por su parte el artículo 53 del C. C. A, indica que si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo; contra el

rechazo del recurso de apelación procederá el de queja.

Autonomía de las decisiones de las autoridades administrativas y superior inmediato de los Consejeros de Justicia

El nominador de los Consejeros de Justicia es el Secretario Distrital de Gobierno, pero en materia de resolución de actuaciones policivas, dichos consejeros no tienen superior jerárquico ni funcional, en virtud de lo señalado por el artículo 189 del Código de Policía de Bogotá.

Precisamente respecto de este órgano el artículo 189 del Acuerdo 79 de 2003 □ Código de Policía de Bogotá determina que el Consejo de Justicia es el máximo organismo de administración de justicia policiva en el Distrito Capital y está integrado por un número impar de consejeros, en tres (3) Salas de Decisión, así: (i) Sala de decisión de contravenciones civiles (ii) Sala de decisión de contravenciones penales y (iii) Sala de decisión de contravenciones administrativas, desarrollo urbanístico y espacio público.

Por su parte el artículo 191 del mismo Código señala que compete al Consejo de Justicia conocer de los siguientes asuntos:

(...)

"2. En segunda Instancia:

La segunda instancia de los procesos de policía será surtida por el Consejo de Justicia, salvo las excepciones de Ley".

Si bien el Secretario de Gobierno es el nominador de los Consejeros de Justicia, por pertenecer éstos a la planta global de cargos de la Secretaría de Gobierno, en virtud de los Decretos Distritales 539 de 2006 y 101 de 2003, él no es el superior jerárquico ni funcional de aquellos, sino que dicho Ente tiene una organización autónoma y el ejercicio de las funciones que se le han atribuido deben ser desempeñadas de la misma manera.

Es decir el Secretario de Gobierno no es una nueva instancia administrativa frente a las decisiones que en ejercicio de sus funciones profiera el Consejo de Justicia, por lo que las decisiones adoptadas por el Consejo cierran la instancia administrativa de los asuntos que a ellos conciernen, no tienen recursos de vía, sino el respectivo control de todos los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso – administrativa.

En este mismo sentido el Alcalde Mayor de la Ciudad tampoco es el superior jerárquico ni funcional de dichos servidores públicos.

Así al no estar el Consejo de Justicia sometido a jerarquía administrativa ni funcional y a la vez ejercer sus competencias en forma autónoma, contra las decisiones emitidas por él no procede recurso de queja.

Por lo anterior este Despacho no encuentra procedente el recurso de queja para que proceda el recurso de apelación en contra de la Providencia N°. 129 de mayo 29 de 2007 del Consejo de Justicia de Bogotá, ya que hacerlo significaría crear un control que no existe frente a este tipo de decisiones.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia información: **Dr. CÉSAR AUGUSTO BRAUSÍN** – Presidente Consejo de Justicia de Bogotá – Secretaría Distrital de Gobierno

Proyectó: Ximena Aguillón Mayorga
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-30646 12/06/07

Bogotá, D. C.,

Doctor

JOSE MARIA SILVERA SIERRA

Inspector 9 E de Policía

Alcaldía Local de Fontibón.

Calle 25 No 98-70

Ciudad.

ASUNTO: Su solicitud de concepto sobre aplicación del artículo 198 del Código Nacional de Policía para el cumplimiento de fallo de Policía.

Radicado. 1-2007-10295, 1-2007-17037.

Reciba un cordial saludo Doctor José María:

Mediante el oficio del asunto, solicita concepto en relación con el alcance y aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 198 del Código Nacional de Policía[128], preguntando: *"...si la Alcaldía Mayor tiene facultad para impartir orden a la entidad correspondiente a fin de que se realicen obras tendientes a evitar la cesación de la perturbaciones."*

La inquietud proviene de los antecedentes que han motivado la Querella Nº 186-2005, en virtud del conflicto entre particulares que residen en un conjunto sometido al Régimen de Propiedad Horizontal, la cual culminó con la expedición de la Orden de Policía que dispuso la cesación de la perturbación a la posesión causada por la persona jurídica derivada de la copropiedad, representada para el efecto por el Consejo de Administración.

Según usted menciona, la Orden de Policía consistió en que la parte Querellada debe instalar defensas al área de la cancha múltiple que se encuentra en el conjunto residencial para así finiquitar el litigio. Así mismo, y en forma adicional, decretó la elaboración de un reglamento de uso de esas instalaciones deportivas.

Expresa así mismo, que la orden de policía hasta la fecha (marzo 2007) no ha sido cumplida, por lo cual su despacho dio inicio al "proceso contravencional" por desacato al fallo.

Por lo tanto, indaga respecto a si le asiste potestad legal a la Administración Distrital, para gestionar a su cargo directamente las adecuaciones locativas, y después promover el cobro coactivo a la copropiedad.

En consecuencia, sus inquietudes serán atendidas en los siguientes términos, previas las siguientes consideraciones:

128 Decreto Nacional 1355 de 1970.

1. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.1. De acuerdo con la ley, la policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, a través de los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, y en la propia ley, en las convenciones y tratados internacionales, en los reglamentos de policía y en los principios universales de derecho.[129]

Corresponde así, a las autoridades de policía, la conservación del orden público interno, el cual se traduce en la prevención y eliminación de las perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas. Al respecto, el Código Nacional de Policía establece una importante directriz según la cual *"...A la policía no le corresponde remover la causa de la perturbación.*[130] Ello quiere decir, que es el contraventor quien tiene la obligación de erradicar y/o modificar la conducta que ha sido determinada incursa en violación a las norma de convivencia ciudadana.

La función de las autoridades de Policía consiste en ejercer la facultad de cumplir y hacer cumplir las disposiciones emanadas del Poder de Policía, impartiendo órdenes que regulan el contenido de las normas de convivencia emitidas dentro del marco de la Constitución y la ley, permitiendo a las autoridades competentes escoger los medios más idóneos para proteger los derechos fundamentales frente a peligros y amenazas para la armonía social.

En nuestro contexto jurídico, tenemos que la norma que mejor define el concepto de orden de policía, es el Código de Policía de Bogotá D.C., el cual expresa que *"La Orden de Policía es un mandato, claro y preciso, escrito o verbal y de posible cumplimiento, dirigido a una persona o a varias para asegurar el acatamiento de las reglas de convivencia ciudadana, emanado de autoridad competente que tenga noticia de un comportamiento contrario a la convivencia para hacerlo cesar de inmediato y con fundamento en el ordenamiento jurídico."* [131]

1.2. El artículo 186 del Código Nacional de Policía, Decreto Nacional 1355 de 1970, prevé dentro de las medidas correctivas, en el numeral 15, la construcción de obra.

A su vez, el artículo 198 ídem, contenido en el, "Libro Tercero - De las contravenciones nacionales de policía", sometido a análisis, es del siguiente tenor:

> *"La demolición, la construcción o la reparación de obra se ejecutará dentro del plazo fijado en la orden. Salvo disposición en contrario, en caso de incumplimiento la demolición, la construcción o la reparación, se hará por empleados municipales a costa del infractor.*

129 Decreto Nacional 1355 de 1970, Art. 1º.

130 Ídem, Art. 2º.

131 Acuerdo Distrital 079 de 2003, Art. 140.

Si éste no paga dentro del término señalado, el reembolso se perseguirá por la vía de la jurisdicción coactiva.

En la orden se exigirá otorgamiento de caución para asegurar su cumplimiento."

1.3. En el artículo 185 del mismo estatuto en relación con la temática tratada, se expresa:

"Todo el que haya realizado contravención de policía será responsable, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad y enajenación mental."

1.4. Para el caso concreto de la imposición de la medida correctiva de construcción de obra, conforme a la regla contenida en el artículo 217 ibídem, los Alcaldes o quienes hagan sus veces, pueden optar por dicha sanción solamente cuando se incurra en las conductas taxativas allí aparecen enunciadas, como son:

"1º) Al que mantenga los muros de su antejardín o los frentes de su casa o edificio en mal estado de conservación o de presentación.[132]

2º) A los dueños de inmuebles que no hayan instalado canales, tubos o cañerías para la conducción de aguas, o los tengan en mal estado."

Armonizando las anteriores disposiciones tenemos que la sanción a esta contravención se hace a través de Orden de Policía en la cual se precisa la respectiva medida correctiva, que en el caso de marras fue la imposición de la construcción de una obra.

1.5. El Código de Policía de Bogotá D.C., [133] establece los criterios sobre los cuales se deben aplicar las medidas correctivas ante la presencia de un comportamiento contrario a la convivencia ciudadana, expresando:

"1. Cuando no sea pertinente dictar una Orden de Policía para hacer cesar el comportamiento porque ya se haya consumado;

2. Cuando dictada la Orden de Policía, ésta no se haya cumplido.

3. Cuando surtido el procedimiento establecido en los artículos 206 y 207 del Código Distrital de Policía, que se refieren al tramite de las violaciones públicas, ostensibles y manifiestas a las reglas de convivencia ciudadana, que la autoridad de policía compruebe de manera personal y directa, así como cuando surge un peligro para la integridad de otras personas o de sus bienes.

132 Declarado exequible Corte Constitucional, Sentencia C-491 de junio 26 de 2002.

133 Acuerdo Distrital 079 de 2003, Art. 157.

PARÁGRAFO. Las medidas correctivas pueden ser impuestas, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. "

1.6. Ahora bien, para los efectos de competencia, es importante mencionar que en el orden Distrital, el Código de Policía de Bogotá D.C., artículo 186, señala que son autoridades de policía, las siguientes:

1. El Alcalde Mayor;
2. El Consejo de Justicia;
3. Los Alcaldes Locales;
4. Los Inspectores de Policía Zona Urbana y Zona Rural;
5. Los Comandantes de Estación y Comandos de Atención Inmediata, y
6. Los Miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C.

1.7. Para efectos del presente concepto se consideró la documentación enviada por su Oficina según Radicado 1-2007-17037 de Abril 16 de 2007, a través del cual se adjuntaron los antecedentes que integran el expediente de la Querella.

2. CONCEPTO.

2.1. La Constitución Política establece que Colombia es un Estado social de derecho[134], organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, señalando igualmente, que entre otros fines del Estado[135], las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Así las cosas, el ejercicio de la función de policía se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que se derivan de la finalidad específica de la policía como es el de mantener el orden público, como requisito para el libre ejercicio de las libertades democráticas. La autoridad de policía debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para el restablecimiento del orden público y el acatamiento a las normas de convivencia ciudadana.

Por tanto, toda medida de policía debe estar encaminada a asegurar el orden público, encontrando limitación solamente allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas.

Para el caso de construcción de obras, la ley[136] por ejemplo, señala que si la Orden de Policía no fuere de inmediato cumplimiento, la autoridad de Policía señalará el plazo para cumplirla. De no

134 C.P. Art. 1º

135 Art. 2º Ibidem

136 Decreto 1355 de 1970, Art. 26.

ser atendida impondrá las medidas correctivas pertinentes, sin perjuicio de realizar el hecho por cuenta del obligado, si fuere posible[137].

Las medidas de policía deben ser proporcionales y razonables en atención a las circunstancias y al fin perseguido, deben evitar todo exceso innecesario, así, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen todas las actuaciones de la administración pública adquieren particular trascendencia en materia de policía.

Cuando las autoridades de policía actúan a solicitud de un particular para proteger un interés meramente privado, deben graduar en la aplicación de la norma y en forma objetiva sus alcances, de tal forma que cuando deba pronunciarse en la protección jurídica de un derecho conculcado, caso de una perturbación a la posesión, su potestad sancionatoria tiene unos límites.

2.2. Respecto de la materia regulada por la norma de policía, en lo que se refiere a las conductas ciudadanas que pueden ser sancionables bajo la denominación de "Contravenciones que dan lugar a construcción de obra", se tiene que el Decreto Nacional 1355 de 1970 en su artículo 217 establece:

> *"Los Alcaldes o quienes hagan sus veces impondrán construcción de obra:*
>
> *1. Al que mantenga los muros de su antejardín o los frentes de su casa o edificio en mal estado de conservación o de presentación;*[138]
>
> *2. A los dueños de inmuebles que no hayan instalado canales, tubos o cañerías para la conducción de aguas, o los tengan en mal estado."*

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-491 de 2002, expresó:

> *"La potestad que se confiere al alcalde municipal para ordenar la construcción de obra por mal estado de presentación debe entenderse ejercida de acuerdo con los parámetros estéticos que hayan sido fijados previamente por las disposiciones pertinentes. En este contexto, son las normas urbanísticas, cuya expedición corresponde a estudios juiciosos sobre el impacto de la arquitectura en el desarrollo de la ciudad, las que tienen reservada la definición de los parámetros y criterios estéticos que deben cumplir las edificaciones, por lo que es a ellas a las que deben remitirse los propietarios de las mismas para mantenerlas y el alcalde para ordenar la construcción de obra en caso de que dichas exigencias no sean cumplidas. La anterior consideración incluye las normas expedidas con el fin de preservar ciertas edificaciones que tienen un especial valor histórico o cultural, pues la particular*

137 Acuerdo Distrital 079 de 2003, Art. 140, inc. 2º

138 Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por las razones expuestas, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-491 de 2002 de junio 26 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

consideración que estos bienes pueda tener para la conservación del entorno arquitectónico hace suponer que la autonomía de sus propietarios respecto de su estado de presentación se encuentra restringida a favor del interés general.

En el caso de la norma que se demanda, ésta impone la obligación de construcción de obra a quienes mantengan los muros de sus antejardines o los frentes de su casa o edificio en mal estado de conservación o de presentación. Es obvio que la disposición obliga al propietario o poseedor[139] *del bien a realizar acciones tendentes a mejorar la casa o edificio en el que habita, lo cual comporta una carga de tipo económico que aquél debe soportar y que constituye una evidente reducción de su dominio absoluto sobre el estado del bien.*

No obstante, a juicio de esta Corporación, el gravamen con el que debe cumplir quien mantenga en mal estado de conservación o presentación los muros o fachadas de su casa no constituye una imposición atentatoria del derecho de propiedad y, por ende, de la Constitución Política, sino que más bien consiste en una medida que tiende a la realización de la propiedad como función social y al reconocimiento de la primacía del interés general sobre el interés particular, tal como pasará a explicarse.

Así entonces, de lo dicho se deduce que la potestad que se confiere al alcalde municipal para ordenar la construcción de obra por mal estado de presentación debe entenderse ejercida de acuerdo con los parámetros estéticos que hayan sido fijados previamente por las disposiciones pertinentes. En este contexto, son las normas urbanísticas, cuya expedición corresponde a estudios juiciosos sobre el impacto de la arquitectura en el desarrollo de la ciudad, las que tienen reservada la definición de los parámetros y criterios estéticos que deben cumplir las edificaciones, por lo que es a ellas a las que deben remitirse los propietarios de las mismas para mantenerlas y el alcalde para ordenar la construcción de obra en caso de que dichas exigencias no sean cumplidas."

139 En relación con la aplicación extensiva de la norma demandada a los propietarios y a los poseedores de los bienes que estén en mal estado de conservación o presentación, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente: De una primera lectura de las normas transcritas podría concluirse que aquéllas sólo comprenden, en sus enunciados normativos, a los titulares del derecho de dominio de la construcción, casa o edificio en mal estado de conservación o presentación o que amenace ruina: empero, por la naturaleza de las cosas que se regulan en dichas expresiones normativas se puede concluir que también comprenden a los poseedores del inmueble en cuestión, ya que lo que señala la ley es la facultad policiva de asegurar el estado de conservación y presentación de los edificios o casas levantados en el municipio (art. 217 C.N.P.), y/o la seguridad y tranquilidad pública (art. 216 C.N.P.), y nada más coherente con dicho enunciado, que interpretarlo en el sentido que comprenda como destinatarios de la orden del Alcalde que ejerce la función de Policía local, a los titulares del derecho de dominio y a los poseedores de los inmuebles. (Sentencia T-013 de 1992, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz)

En estos mismos aspectos, el Código Distrital de Policía, en el artículo 179, es claro en señalar que la construcción de obra..." *Consiste en la imposición, por parte de los Alcaldes Locales, de la obligación de construir una obra, a costa del infractor, que sea necesaria para evitar un perjuicio personal o colectivo, o cuando el propietario mantenga en mal estado su antejardín, el anden frente a su casa, su fachada o edificio. En caso de que sea la Administración Distrital la que deba hacer la construcción, se hará en todo caso a costa del infractor."*

Destacamos conforme al análisis normativo que hemos visto, que la competencia para la imposición de la medida correctiva ha sido atribuida de manera privativa a los Alcaldes Locales.

2.3. El mismo estatuto de policía es precisó en señalar que, en materia sancionatoria sobre las normas que regula debe prevalecer el principio de legalidad, cuando expresa:

> *"ARTICULO 187. Ninguna autoridad de policía podrá imponer medidas correctivas diversas de las previstas en el artículo anterior."*

Con fundamento en lo anterior y en el entendido de la aplicación taxativa que el mismo Código de Policía impone, tenemos que la medida correctiva de construcción de obra está delimitada para sancionar únicamente las dos conductas contenidas en el artículo 217 ídem, antes citado, que son las referidas a mantenimiento de muros de antejardín o los frentes de casa o edificio en mal estado de conservación o de presentación, y para los inmuebles en los que no se hayan instalado canales, tubos o cañerías para la conducción de aguas, o los tengan en mal estado.

2.4. Armonizando las disposiciones de policía contenidas en los Códigos Nacional y Distrital[140] de Policía, en el segundo de los citados aparecen señalados los criterios que deben asumir las autoridades de policía en la aplicación de sus disposiciones, estableciendo:

> *"ARTÍCULO 183.- Criterios para la aplicación de las medidas correctivas. La autoridad de Policía competente para imponer la medida correctiva, tendrá en cuenta los siguientes criterios:*
>
> *1. El bien jurídico tutelado;*
>
> *2. El lugar y las circunstancias en que se realice el comportamiento contrario a la convivencia ciudadana;*
>
> *3. Las condiciones personales, sociales, culturales, y en general aquellas que influyen en el comportamiento de la persona que actuó en forma contraria a la convivencia ciudadana;*
>
> *4. Si se ocasionó o no un daño material y, en caso positivo, según su índole o naturaleza;*

140 Acuerdo Distrital 079 de 2003

5. *El impacto que produce en el afectado, en la comunidad o en el grupo social al que pertenece la persona que incurre en el comportamiento contrario a la convivencia;*

6. *Las condiciones de vulnerabilidad o indefensión de la persona o personas directamente afectadas por el comportamiento contrario a la convivencia ciudadana;*

7. *Si el comportamiento afectó la vida, la integridad y la salud física o mental de las personas, en especial de las menores de edad;*

8. *Siempre deberá imponerse una medida de carácter pedagógico, con la medida económica que corresponda a la naturaleza del comportamiento contrario a la convivencia social;*

9. *Aplicar, en forma preferencial, las medidas correctivas previstas por la ley o regímenes especiales, a los comportamientos contrarios a la convivencia ciudadana regulados en este Código, y*

10. *En todo caso, las medidas correctivas deberán ser adecuadas a los fines de este Código y proporcionales a los hechos que les sirven de causa.*

PARÁGRAFO PRIMERO. Estas disposiciones se aplicarán sin perjuicio de lo que disponga el Código Nacional de Policía, las normas que lo modifiquen o adicionen y las demás leyes que regulen materias especiales e impongan sanciones.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Cuando se trate de multas equivalentes a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes, la autoridad de policía que la impuso, podrá, previa solicitud del sancionado sustituir la multa por trabajo en obra de interés público, de carácter ecológico o de apoyo a poblaciones vulnerables."

2.5. De otra parte, se encuentran diferentes disposiciones de carácter policivo que determinan otros eventos en los cuales las autoridades forzosamente debe adoptar medidas que de una manera impositiva se traducen en demoliciones, y/o construcciones ineludibles, diferentes a las expresadas en el artículo 217 del Código Nacional de Policía, entre los cuales destacamos, lo dicho por el artículo 11 del Código Nacional de Policía, en el que se menciona:

"En caso de calamidad pública tal como inundación, terremoto, incendio o epidemia que amenace a la población, los gobernadores, intendentes, comisarios especiales, alcaldes, inspectores y corregidores de policía podrán tomar las siguientes medidas para conjurar la calamidad o para remediar sus consecuencias:

1o) Ordenar el inmediato derribo de edificios u obras, cuando sea necesario;

2o) Ordenar la construcción de obras y la realización de tareas indispensables para impedir, disminuir o detener los daños ocasionados o que puedan ocasionarse;

3o) Impedir o reglamentar en forma especial la circulación de vehículos y de personas en la zona afectada o establecer ese tránsito por predios particulares;

4o) Ordenar la desocupación de casas, almacenes y tiendas o su secamiento;

5o) Desviar el cauce de las aguas;

6o) Ordenar la suspensión de reuniones y espectáculos y la clausura de escuelas y de colegios;

7o) Reglamentar el aprovisionamiento y distribución de víveres, drogas y la prestación de servicios médicos, clínicos y hospitalarios;

8o) Reglamentar en forma extraordinaria servicios públicos tales como los de energía eléctrica, acueductos, teléfonos y transportes de cualquier clase;

9o) Organizar campamentos para la población que carezca de techo; y

10) Crear juntas cívicas que se encarguen del socorro de la población damnificada; estos cargos son de forzosa aceptación.

Estas facultades no regirán sino mientras dure la calamidad, y el funcionario que las ejerza dará cuenta pormenorizada e inmediata al concejo municipal o a la asamblea, según el caso, en sus inmediatas sesiones ordinarias, de las medidas que hubiere adoptado."

Así mismo existen otras disposiciones relativas a la facultad de las Autoridades de Policía en el Distrital Capital, para actuar en el sentido de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos. En efecto, el artículo 22 del Acuerdo 079 de 2003 (Código Distrital de Policía), expresa:

"Comportamientos que favorecen la seguridad contra incendios.

1. ...

2. Cuando por grave deterioro de edificación, vivienda, máquina o instalación se advierta peligro inminente de incendio, el Inspector de Policía, de oficio o a petición de cualquier persona, ordenará la construcción o reparación de las obras indispensables y necesarias para conjurar el peligro;

3. Para prevenir incendios o facilitar la evacuación de las personas, el Inspector de Policía podrá ordenar las demoliciones y construcciones, cuando esté probada la necesidad de las mismas.

2.6. Ahora bien, cuando se trata de controversias litigiosas de las cuales se desprende que el interés jurídico cuestionado, es netamente un interés particular, como en el caso por usted planteado, se considera que existen mecanismos de solución jurídica ante la justicia ordinaria, por cuanto es evidente la presencia de una litis privada.

Lo anterior teniendo en cuenta, que aunque su Despacho se pronunció por vía policiva amparando las acciones perturbatorias que estaban afectando a la Querellante, es evidente que existe un conflicto de convivencia dentro de una copropiedad.

Examinando la fotocopia del expediente que soporta la Querella de Policía, se observa que la controversia entre particulares se ha desarrollado dentro de la copropiedad denominada "Conjunto Residencial La Azalea", antecedente que agrega un componente adicional al presente análisis.

En efecto, la Ley 675 de 2001, en su artículo 58 prevé que para resolver las situaciones de controversia que se presenten entre los propietarios o tenedores del edificio o conjunto, o entre ellos y el administrador, el consejo de administración o cualquier otro órgano de dirección o control de la persona jurídica, existe el camino de solucionar la desavenencia inicialmente ante la instancia decisoria del Comité de Convivencia de la Copropiedad.

Luego, si es necesario, se pueden utilizar los mecanismos legales alternativos existentes para la solución de conflictos. Finalmente, si no se pudo obtener terminación al impase, se puede accionar ante la justicia ordinaria (parágrafo 3º, artículo 58 de la Ley 675 de 2001), en cuyo caso se dará aplicación al trámite previsto en el Capítulo II del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto vale la pena mencionar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 de la misma ley, (675/01), los procedimientos internos de concertación no constituyen un trámite previo obligatorio para ejercitar las acciones policivas, penales y civiles.

3. CONCLUSIONES.

De todo el anterior análisis se puede concluir:

3.1. Que las conductas regladas por la norma nacional de policía, susceptibles de imposición de la medida correctiva de construcción de obra están limitadas únicamente a:

- Las contenidas en los artículos 217 del Código Nacional y 179 del Código Distrital, de Policía.
- Las establecidas en el artículo 11 del Código Nacional y 22 Código Distrital, de Policía, de manera extraordinaria, en caso de calamidad pública tal como inundación, terremoto, incendio o epidemia que amenace a la población.

De lo anterior se infiere que no procede la construcción obligatoria de obra por imposición de autoridad de policía para solucionar controversia entre particulares, aunque haya sido objeto de amparo contra actos que atentan la normal y quieta posesión de bienes inmuebles, como el caso sub exámen, consistente en el cerramiento de una cancha deportiva al interior de una copropiedad, por cuanto no está contemplada esa posibilidad en la normatividad vigente sobre la materia.

Cabe precisar que, las diferencias de convivencia ciudadana ventilada por los particulares intervinientes en la Querella, no constituyen un bien jurídico tutelado por la norma de policía, como quedó claro en el análisis efectuado de los artículos 217 del Código Nacional de Policía, y 179 del Código Distrital de Policía, por cuanto dichos preceptos son específicos en disponer cuales son las conductas ciudadanas frente a las cuales procede la imposición de la medida correctiva de construcción de obra.

El anterior argumento se desprende de la exégesis que exige el propio Código Nacional de Policía (Art. 187) cuando menciona que "...ninguna autoridad de policía podrá imponer medidas correctivas diversas de las previstas en el artículo anterior." Y el mismo estatuto lo reitera en el artículo 188, precisando..."Cuando según los artículos 8º y 10º, el gobierno nacional, las asambleas, los concejos, los intendentes, y los comisarios especiales expidieren reglamentos de policía no podrán estatuir medidas correctivas distintas a las descritas en éste decreto."

Así las cosas, la "construcción de un cerramiento de cancha deportiva en predio privado", no está incluida como medida correctiva susceptible de ser impuesta, y que ella sea generadora de la solución al conflicto interno de particulares, por ello, se insiste en considerar que esa decisión no es susceptible de ser materializada en el asunto sub examen por cuanto el alcance señalado se desprende de la orientación que hizo la Corte Constitucional en la citada sentencia C-491 de 2002, cuando declaró la exequibilidad de las disposiciones contenidas en el artículo 217 del Código Nacional de Policía.

En consecuencia, la decisión de policía emanada de su Despacho tiene fuerza vinculante solamente frente al amparo que otorgó para que cesaran las conductas perturbatorias contra la propiedad de la Querellante, por cuanto a su juicio los derechos particulares que se desprenden del libre goce a la posesión estaban siendo afectados por conductas ciudadanas que alteraban la pacífica convivencia, posición jurídica que a nuestro juicio no merece discusión alguna.

Ahora bien, en relación directa con el anterior argumento, en lo que hace referencia a la segunda parte de la decisión de policía emanada de su Despacho, concerniente a la imposición de la medida de construcción de cerramiento a la cancha privada, se estima que éste es un debate jurídico que se escapa de la capacidad y alcance de la norma de policía, generando en el presente caso, inaplicación a la controversia en particular de las disposiciones contenidas en dicho artículo 198 del Código Nacional de Policía.

La anterior afirmación se desprende de una interpretación sistemática[141] que se efectúa a las normas nacional y local de policía, según las cuales, es entendido que la demolición, la construcción o la reparación de obras que pueden ejecutar "los empleados municipales" en forma subsidiaria, está en el referido de que se estructuren o se tenga presencia de las situaciones de interés general enunciadas en el artículo 11 del Código Nacional de Policía, tratándose de eventos de calamidad pública, tales como inundación, terremoto, incendio o epidemia que amenacen a la población, y en aquellas situaciones particulares enlistadas de manera taxativa en el Artículo 217 del citado estatuto, así como en los eventos previstos en el artículo 22 del Código Distrital de Policía, que también regulan comportamientos y situaciones anormales que afectan a la seguridad ciudadana en forma general.

Además, es evidente que la controversia que dirimió la Querella está cimentada sobre diferencias jurídicas al interior de una persona jurídica constituida bajo el esquema de propiedad horizontal, lo cual, en el contexto normativo nacional, tiene un régimen especial regulado por la Ley 675 de 2001.

Resta anotar que, de acuerdo con la remisión contenida en el Parágrafo 3º del artículo 58 de la Ley 675 de 2001, a la parte favorecida con la Orden de Policía, le asiste la posibilidad de acudir ante la justicia ordinaria para resolver el conflicto, de acuerdo con el trámite previsto en el Capítulo II del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, ésta Dirección estará en completa disposición para atender sus requerimientos de complementación o mayor información, si fuere el caso.

Cordialmente,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia de Información: Dra. Deidamia García Quintero, Subsecretaría de Localidades, Secretaría de Gobierno Distrital
Dr. Raúl Navarro Mejía, Jefe Oficina Asesora Jurídica, Secretaría de Gobierno Distrital

Proyectó: Orlando Corredor Torres
Revisó Manuel Ávila Olarte
Aprobó Martha Yaneth Veleño Quintero

141 Código Civil Colombiano, Art. 30

Radicado de salida 2-2007-27706 29-05-07

Doctora
LUZ MARINA CARDOZO DE CORREA
Inspectora
ALCALDÍA LOCAL RAFAEL URIBE URIBE
Calle 32 Sur No. 23 - 62
Ciudad.

ASUNTO: Solicitud Concepto/Competencia para solicitar el reembolso de los gastos en la demolición/Inspección de Policía o Secretaría de Obras Públicas de Bogotá.

Radicado. 1-2007-11879

Apreciado doctora Cardozo.

De conformidad con lo expuesto en el auto del 21 de febrero de 2007, proferido por el Inspector 18 "A" Distrital de Policía de la Alcaldía Local Rafael Uribe Uribe, se da respuesta a su solicitud de concepto en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES.

1.1. Acto administrativo del 5 de enero de 2005, mediante el cual la Inspección Dieciocho "A" Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe resuelve declarar la amenaza de ruina de la construcción parcial en primer piso del inmueble ubicado en la carrera 10 No. 48 C-03 Sur; ordena proferir la orden de demolición y oficiar a la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá para que realice la demolición, a costa del querellado, en casos de incumplimiento de lo ordenado en dicho acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Distrital 166 de 2004 (fls 126 a 128 del exp.).

1.2. Diligencia del 27 de mayo de 2005, realizada en el inmueble declarado en amenaza de ruina, verificándose que permanece en la misma situación, concluyendo que lo ordenado en la Resolución de enero 5 de 2005, no se cumplió (fl 145 exp.).

1.3. Auto del 16 de junio de 2005, remitiendo copia autenticada de la orden de demolición a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito, a fin de que la ejecute de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Distrital 166 de 2004 (fl 148 exp.).

1.4. Certificado del 13 de enero de 2006, expedido por la Secretaría de Obras Públicas Distrital - Dirección Técnica Administrativa y de Atención al Ciudadano, haciendo constar que el valor de la demolición para el proceso de cobro es de $276.959 (fl 159 exp.).

2. FUNDAMENTOS LEGALES

2.1. Acuerdo 79 de 2003 (Código de Policía de Bogotá). "por el cual se expide el código de policía de Bogotá D.C.". Este consagra entre otras normatividades:

> *"Artículo 207. Procedimiento sumario para la supresión de peligros. La autoridad de Policía, de oficio o a solicitud de cualquier persona, en interés general o por querella de parte, en interés particular, citará por un medio idóneo al presunto responsable para poner en su conocimiento que el hecho o la omisión en que incurrió va en contra de una norma de convivencia contemplada en el Código de policía, y supone un peligro para la integridad de otras personas o de sus bienes, señalándole lugar, fecha y hora. Si no comparece, la autoridad de Policía ordenará su conducción. Una vez presente en el Despacho, se le pondrá en conocimiento la conducta que se le imputa y se le oirá en descargos; luego se procederá a impartirle una Orden de Policía o imponerle una medida correctiva, si fuere el caso.*
>
> *Impartida la Orden de Policía o impuesta la medida correctiva, se le notificará en la misma diligencia. La decisión se cumplirá inmediatamente. Sin embargo si fuere necesario por la naturaleza de la medida, se le señalará un término prudencial para cumplirla.*
>
> *Si el infractor no cumple la Orden de Policía o no realiza la actividad materia de la medida correctiva, la Autoridad de Policía competente, por intermedio de funcionarios distritales, podrá ejecutarla a costa del obligado si ello fuere posible. Los costos podrán cobrarse por la vía de la Jurisdicción Coactiva".*

2.2. Decreto Distrital 166 de 2004, "Por el cual se asigna la función de emitir conceptos de amenaza de ruina sobre los inmuebles ubicados en Bogotá Distrito Capital y se dictan otras disposiciones", regula:

> *Artículo 8. "Ejecución de la orden y permiso. La secretaría de Obras Públicas de Bogotá D.C., será la entidad que ejecutará las órdenes y permisos de demolición cuando el infractor o solicitante se rehusare a realizarla, a costa del obligado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 207 del Acuerdo 79 de 2003 y el último inciso del artículo 65 del Código Contencioso Administrativo".*

2.3. Decreto 1355 de 1970 "por el cual se dictan normas sobre policía", en su artículo 198 dispone:

"La demolición, la construcción o la reparación de obra se ejecutará dentro del plazo fijado en la orden. Salvo disposición en contrario, en caso de incumplimiento la demolición, la construcción o la reparación, se hará por empleados municipales a costa del infractor.

Si éste no paga dentro del término señalado, el reembolso se perseguirá por la vía de la jurisdicción coactiva.

En la orden se exigirá otorgamiento de caución para asegurar su cumplimiento".

2.4. Código Contencioso Administrativo - artículo 65...

"Si fuere posible que la administración o un agente suyo ejecuten los actos que corresponden al particular, lo harán a costa de éste, si continuare en rebeldía".

3. CONSULTA.

1. A quien le compete solicitar el reembolso de los gastos ocasionados por la demolición de la obra ordenada mediante Resolución del 5 de enero de 2005, "si es a la Inspección de Policía o la Secretaría de Obras de Bogotá".

En este punto, se advierte que su inquietud consiste en determinar a que autoridad le corresponde expedir el acto administrativo a que alude el numeral 1[142] del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, ya que no se trata de solicitar el reembolso de los gastos ocasionados por la demolición de la obra, referenciada en la resolución citada, sino de hacerlos efectivos por la vía de la Jurisdicción Coactiva. Situación que surge igualmente del oficio EE.9017435 del 21 de junio de 2006, suscrito por la Jefe del Grupo de Ejecución Fiscales – Secretaría de Hacienda (fl 163 exp.).

Así las cosas, para proceder a exigir los gastos originados por la demolición de la construcción parcial en primer piso del inmueble ubicado en la carrera 10 No. 48 C-03 Sur de la ciudad de Bogotá, como consecuencia de la declaratoria de amenaza de ruina del referido inmueble, es fundamental que exista un acto administrativo y este, le corresponde proferirlo a la Inspección de Policía, por tener la competencia para dirimir la controversia relacionada con los inmuebles que amenazan ruina de conformidad con las disposiciones relacionadas.

Igualmente, la facultad para expedir el acto administrativo surge de la Resolución No. 313 de 2006, por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la planta de personal de la Secretaría de Gobierno y en la parte que describe las funciones de las Inspecciones de Policía, se observa que entre ellas se encuentra la de conocer de las contravenciones comunes y especiales a que se refiere el Código Nacional de Policía y demás disposiciones

142 *Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley .*

sobre la materia (numeral 2, ítem 2), tal función debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en la Resolución No. 128 de 2003, proferida por la Secretaría de Gobierno, adoptando el Manual de Procesos y Procedimientos de las Alcaldías Locales y, especialmente con la orden administrativa No. 120040-22, que indica el procedimiento de contravenciones comunes por amenaza de ruina, relacionando los pasos a seguir para adelantar el mismo y en el numeral 54 expresa:

> *"Cuando el Encartado (a) no cumple la orden, el Inspector (a) de Policía, emite auto ordenando iniciar procedimiento "contravención Especial 120040-23" por incumplimiento y solicitando al Alcalde Local apoyo logisitico para ejecutar la orden de demolición".*

Es decir, que por disposición del referido Manual se debe acudir a la orden administrativa No.120040-23, que contiene el procedimiento de contravenciones especiales de las Inspecciones de Policía para sancionar las conductas contrarias establecidas en el Decreto Ley 522 de 1971, describiendo cada uno de los procesos a seguir en este procedimiento y en punto 56 consagra:

> *"Cuando el fallo es sancionatorio, el (a) Inspector (a) de Policía, ordena librar comunicaciones al Juez de Ejecuciones Fiscales y a las entidades competentes, informando que al Encartado se le ha impuesto multa y ordena archivar el expediente".*

Por lo tanto, estos Manuales deben entenderse igualmente en concordancia con el artículo 8 del Decreto Distrital 166 de 2004, que remite al Código Contencioso Administrativo, para efecto de ejecutar las órdenes y permisos de demolición por parte de la Secretaría de Obras Públicas, en caso de renuencia del infractor y a costa del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 65 del Código Contencioso Administrativo.

De otra parte, a la Secretaría de Obras Públicas, hoy Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, sólo le compete prestar un apoyo técnico para entrar a ejecutar las órdenes y permisos de demolición, con costa al encartado y certificar los gastos originados en los trabajos de demolición.

2. Cuál es la forma para proferir el acto administrativo solicitado por la funcionaria de la Oficina de Ejecuciones Fiscales.

Teniendo como fundamento la remisión que hace el Decreto Distrital 166 de 2004, en su artículo 8, al Código Contencioso Administrativo para efecto de que la administración ejecute los actos que corresponden al particular, a costa de éste en caso de rebeldía, forzoso es concluir que se debe acudir al artículo 68 del Código en mención que consagra:

> *"Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:*

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley...".

En consecuencia, no se trata precisamente de comunicaciones comunes y corrientes sino de un título ejecutivo que puede ser un fallo, resolución o sentencia, que necesariamente debe reflejarse en un escrito donde conste una obligación clara, expresa y exigible y que contenga la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

La constitución de un titulo ejecutivo es el trámite que se surte a través del siguiente procedimiento: Expedición de un acto administrativo, notificación de ese acto y agotamiento de la vía gubernativa y para ello, es necesario tener en cuenta los requisitos de existencia, como son: que efectivamente exista la imposición de una multa en dinero, en contra de alguien (querellado); liquidación del monto específico que se debe cancelar por algún concepto (gastos por demolición).

En conclusión, en respuesta a esta consulta y de conformidad con los argumentos anteriormente señalados, el acto administrativo (resolución) debe ser proferido por la Inspección 18 "A" Distrital de Policía de la Alcaldía Local Rafael Uribe Uribe, entidad competente para adelantar los procesos relacionados con los inmuebles que amenazan ruina y, para ello tener en cuenta los antecedentes que dieron origen a la declaratoria de amenaza de ruina y a los gastos por concepto de la demolición del inmueble enunciado en este oficio y de esta forma motivar dicha resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo y los procedimientos establecidos en los Manuales aquí citados.

En los anteriores términos, dejamos sentado nuestra posición sobre el tema y se devuelve el expediente contentivo de la querella 5223-2003, para los fines pertinentes.

Atentamente,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Anexo lo anunciado en 164 folios
Copia informativa: Doctor Juan Manuel Ospina
Secretario de Gobierno, Seguridad y Convivencia
Doctor Lino Guillermo Baena

Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial

Proyecto: Silvia Aponte P.
Revisó: Manuel Ávila Olarte

Radicado de salida 2-2007-66345 28-11-07

Bogotá D.C.

Doctora

ALBA ROCÍO MARTÍNEZ DE LA PEÑA

Inspectora 8 "D" Distrital de Policía

Transversal 80 No. 41 A – 34 Sur

Ciudad

Asunto: Concepto Práctica de Lanzamiento por ocupación de hecho - Allanamiento. Radicación: 1-2007- 45367, 1-2007-47319.

Respetada doctora Alba Rocío:

Hemos recibido la solicitud de concepto del asunto en el que se requiere se resuelva si los inspectores de policía, teniendo como autoridades administrativas dentro de la diligencia de verificación práctica de lanzamiento en una querella de lanzamiento por ocupación de hecho, pueden ordenar el allanamiento para poder materializar la diligencia en caso de que los querellados no permitan la entrada del funcionario a los inmuebles objeto de restitución.

Argumenta que la pregunta surge por cuanto el artículo 41 de la Ley 228 de 1995 estipula que el allanamiento, los registros y la privación de la libertad no podrán ser ordenados por las autoridades administrativas. Adicionalmente menciona que se va a realizar la diligencia señalada de 20 apartamentos ubicados en tres interiores y se requiere conocer si el inspector puede ordenar el allanamiento para la entrega de los inmuebles a la parte querellante.

Al respecto y de conformidad con su petición nos permitimos realizar las siguientes consideraciones:

1. Problema Jurídico.

Se pregunta sobre el procedimiento a seguir en el evento de realizar la diligencia de verificación práctica de lanzamiento en la querella de lanzamiento por ocupación de hecho, cuando el propietario se opone al mismo y si se configura en consecuencia allanamiento a la propiedad privada.

3. Marco Jurídico.

2.1. Allanamiento

De conformidad con la definición de la palabra allanamiento, ésta contiene los siguientes significados:

"**Allanamiento**. m. Acción y efecto de allanar o allanarse. ll 2. Acto de conformarse

con una demanda o decisión. II 3. Am. Registro policial de un domicilio. II ~ de morada. m. Der. Delito que comete quien, sin habitar en ella, entra o se mantiene en morada ajena contra la voluntad de su ocupante"[143]. (se resalta).

*En el mismo sentido "**Allanar.** (De llano). tr. Poner llano o plano. U. t. c. intr. y c. prnl. II 2. Dejar o poner expedito y transitable un camino u otro lugar de paso. U. t. en sent. fig. II 3. Derribar una construcción. II 4. Rellenar un terreno hasta que quede al nivel del suelo. II 5. Entrar en casa ajena contra la voluntad de su dueño. II 6. Vencer o superar alguna dificultad o inconveniente. II 7. Am. Registrar un domicilio con mandamiento judicial. II 8. desus. Pacificar, aquietar, sujetar. II 9. prnl. Dicho de un edificio: Venirse abajo. II 10. Conformarse, avenirse, acceder a algo. II 11. Dicho de una persona: Igualarse o ponerse a la misma altura de otra u otras que normalmente le son inferiores".*[144]

La figura de allanamiento y la procedibilidad de la misma se encuentran regulados en la legislación nacional, a saber:

e. Materia Civil

Como se manifiesta en el concepto expedido por el Ministerio del Interior[145], en el Código de Procedimiento Civil se enuncia el procedimiento para la práctica de allanamiento, dentro del capitulo de allanamiento en diligencias judiciales:

*"**ARTÍCULO 113.** Modificado. D.E. 2282/89, Artículo 1º, num. 62. Procedencia del allanamiento. El juez podrá practicar el allanamiento de habitaciones, establecimientos, oficinas e inmuebles en general, naves y aeronaves mercantes, y entrar en ellos aun contra la voluntad de quienes los habiten u ocupen, en los siguientes casos:*

1. Cuando en su interior se encuentren bienes que deban secuestrarse, entregarse, o ser objeto de inspección, exhibición judicial o examen por peritos.

2. Cuando deban secuestrarse o entregarse a determinada persona, o sobre ellos haya de practicarse inspección judicial o examen de peritos.

3. El auto que decrete cualquiera de tales diligencias contiene implícitamente la orden de allanar, si fuere necesario.

143 Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

144 ibid

145 Oficio 21268-ato-0700 del 07 de septiembre de 2006

El allanamiento puede ser decretado tanto por el juez que conoce del proceso como por el comisionado.

No podrán ser allanadas las oficinas ni las habitaciones de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de Colombia.

ARTÍCULO 114. Práctica de allanamiento. Para practicar el allanamiento, el juez llamará previamente a la puerta del edificio o entrada de la heredad o nave, a fin de hacer saber al ocupante el objeto de la diligencia y si no le contestare o no le permitiere la entrada, procederá al allanamiento valiéndose de la fuerza pública en caso necesario.

El allanamiento sólo podrá practicarse durante las horas de despacho, pero si hubiere temor de que se frustre la diligencia, el juez dispondrá que por la policía se adopten las medidas de vigilancia tendientes a evitar la sustracción de las cosas que hayan de ser objeto de ella y podrá asegurar con cerradura los almacenes, habitaciones y otros locales donde se encuentren muebles, enseres o documentos, colocar sellos y adoptar las medidas que garanticen su conservación. Del allanamiento se dejará testimonio en el acta de la diligencia en que se produjo".

En este sentido, se configura allanamiento cuando se entra a un sitio para realizar las acciones consagradas en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil.

f. Materia policiva

Por otra parte, en el Código Nacional de Policía se permite el allanamiento de domicilio a los jefes de policía en los siguientes eventos, de conformidad con el artículo 82:

"ARTICULO 82. Los Jefes de policía podrán dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de domicilio o de sitios abiertos al público, en los siguientes casos:

a) Para capturar a persona a quien se le haya impuesto por funcionario competente pena privativa de la libertad;

b) Para aprehender a enfermo mental peligroso o a enfermo contagioso;

c) Para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública;

d) Para obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o de establecimiento que funcione contra la ley o reglamento;

e) Cuando sea necesario indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de acueducto, energía eléctrica, teléfonos y otros servicios públicos;

f) Para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía;

g) Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidente o calamidad".

g. Materia Penal.

De conformidad con la Ley 906 de 2004 – artículo 219, 220 y ss, procede el registro y allanamiento con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. Este procedimiento será realizado por la policía judicial. Teniendo en cuenta que este procedimiento afecta la intimidad de las personas, la orden de allanamiento sólo podrá expedirse cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito.

h. Código de Infancia y Adolescencia

Señala el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 que siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite. De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta

2.2. Lanzamiento por ocupación de Hecho

Esta figura se encuentra contemplada en la Ley 57 de 1905 "sobre reformas Judiciales", en el artículo 15 señala:

> *"Artículo 15. Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el Jefe de Policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, ó se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca".*

Esta norma fue reglamentada por el Decreto Nacional 992 de 1930, mediante la cual se señala las

formalidades para interponer la querella, el procedimiento a aplicar en dichos eventos, así como los recursos a interponer[146].

En particular los artículos 9 al 12 señala el procedimiento a aplicar en el momento de practicar el lanzamiento.

> "**Artículo 9º**-Llegado el momento de practicar el lanzamiento, el alcalde se trasladará al lugar en que aquél debe verificarse, acompañado de su secretario, pudiendo también concurrir las personas interesadas y dos testigos si se juzgare conveniente; una vez allí, el alcalde llamará a la puerta de la casa o heredad y hará saber a la persona o personas que allí se encuentren, quién es y el objeto que lleva. Si dentro de diez minutos no le contestaren o no le permitieren la entrada, hará una nueva intimación, previniéndoles la responsabilidad en que incurren por su denegación; y si pasaren diez minutos más sin franquearse la entrada, procederá al lanzamiento, valiéndose de la fuerza, si fuere necesario.
>
> **Artículo 10.**-Si la casa estuviere cerrada y nadie contestare al llamamiento, pasados diez minutos se procederá a la apertura y lanzamiento. Cuando se trate de un campo inhabitado, el alcalde al llegar a cualquiera de sus linderos, hará en alta voz el llamamiento, prevenido, y pasados diez minutos procederá a entregar la finca al querellante.
>
> **Artículo 11.**-En los casos en que en la finca no se encontrare persona alguna, se hará un inventario de las cosas que allí hubiere, suscrito por el alcalde y su secretario, y se dejarán bajo el cuidado de un depositario que designará el alcalde.
>
> **Artículo 12.**-Los lanzamientos deberán practicarse después de las seis de la mañana y antes de las seis de la tarde, y toda su tramitación deberá constar por escrito en papel sellado. La diligencia de lanzamiento se extenderá en un acta que firmarán el alcalde, el secretario y los interesados y testigos que hayan concurrido".

De conformidad con el análisis realizado por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia de Tutela T-093 de 2006, MP Dr. Jaime Córdona Treviño, manifestó lo siguiente respecto a la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho:

> *"3. El lanzamiento por ocupación de hecho, una diligencia administrativa que cumple funciones judiciales.*
>
> *El proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, es un proceso a través del*

146 Para predios urbano se aplica la Ley 200 de 1936 Sobre régimen de tierras

cual se pone fin a la ocupación arbitraria de un inmueble y se restituye su tenencia a favor del tenedor legítimo. No obstante adelantarse por funcionarios de policía, es un caso particular en el que autoridades administrativas cumplen funciones judiciales, ateniéndose a una legislación especial y en el que la sentencia que se profiere hace tránsito a cosa juzgada formal y no es cuestionable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Se trata de una instancia habilitada para restituir la tenencia de un inmueble, mas no para decidir las controversias suscitadas con ocasión de los derechos de dominio o posesión pues éstas deben sortearse ante la jurisdicción ordinaria. De igual manera, se trata de una institución que tampoco debe confundirse con otras similares, como el amparo contra actos perturbadores de la posesión o mera tenencia, o el amparo contra la permanencia arbitraria en domicilio ajeno o la restitución de bienes de uso público.

El régimen especial del lanzamiento por ocupación de hecho está determinado por la Ley 57 de 1905, artículo 15, y por el Decreto 992 de 1930. En esas disposiciones se señala cuáles son las exigencias que debe cumplir el memorial petitorio del lanzamiento, el título y las pruebas que se deben aportar, se radica la competencia, se fija el término de prescripción y se precisan las decisiones que se pueden tomar: Abstenerse de ordenar el lanzamiento si no se demuestran los hechos planteados en la solicitud; orden de lanzamiento en caso de satisfacerse los presupuestos exigidos para ello o suspensión del lanzamiento, si en la diligencia se aporta prueba que justifique la ocupación".

4. Análisis del caso.

Partiendo de las normas anteriormente mencionadas es pertinente entrar a determinar si al realizarse la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho cuando los residentes del lugar se oponen abrir la puerta y permitir el ingreso, se encuentra frente a una situación de allanamiento y en consecuencia, si es necesario contar con otro documento o autorización para practicar la diligencia.

Como se observa de las normas señaladas frente al allanamiento, debe indicarse que el mismo opera en unos eventos particulares reseñados en la normatividad penal, civil y policiva; en consecuencia el allanamiento se realiza para obtener unos resultados propios de cada una de las diligencias que se ejecutan, porque de no ser así, no se podría cumplir con la finalidad de dichos procedimientos. Por supuesto, cuando ocurre el allanamiento esto implica que las diligencias policivas, civiles y penales se realicen en contra de la voluntad del dueño, pues de lo contrario no tendría el juez que entrar a solicitar la medida o a aplicarla.

Esta situación, es decir el allanamiento, no puede entrarse a aplicar de manera taxativa en el procedimiento mismo del lanzamiento por ocupación de hecho, pues para este evento existen normas concretas que permiten a la autoridad competente utilizar diferentes mecanismos para garantizar la efectividad dentro del proceso policivo, el cual debe estar inmerso dentro del debido proceso, so pena de incurrir en una vía de hecho por la misma connotación que tiene este procedimiento que se concreta en una diligencia administrativa que cumple funciones judiciales.

Es por esta misma razón que se prevén posibilidades dentro de la misma diligencia de lanzamiento, relacionado con:

- Utilización de la fuerza en el evento de denegación de los residentes.
- Apertura del lugar y procedencia del lanzamiento cuando se encontrara cerrada y no hubiera respondido nadie al llamamiento que se hace.
- Cuando no se encuentre persona se procederá a hacer inventario de las cosas y se dejaran bajo cuidado del depositario.

a. Utilización de la fuerza para materializar la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho.

Tanto el Código de Policía Nacional como el de Bogotá, disponen un capítulo para determinar los criterios para el empleo de la fuerza, señalando que ésta se utiliza por los miembros de la Policía – en este caso Metropolitana- para impedir la perturbación de la convivencia ciudadana y para restablecerla, entre otros casos, para hacer cumplir las decisiones y órdenes de la autoridades judiciales y de policía. Es de anotar que la utilización de la fuerza se debe efectivizar de manera proporcional y racional, esto es, sin detrimento de la integridad física de las personas; para lo cual de acuerdo con el artículo 152 del Código de Policía de Bogotá, deben escoger entre los medios más eficaces, aquellos que causen menos daño a la integridad de las personas y de sus bienes.

De igual forma en el artículo 153 del Código señalado se establecen los criterios para la utilización de la fuerza:

> *8. Que sea indispensable; es decir que la fuerza sólo será utilizada cuando la convivencia no pueda preservarse de otra manera;*
>
> *9. Que sea legal o reglamentaria, teniendo en cuenta que los medios utilizados deben estar previamente autorizados por una norma;*
>
> *10. Que sea proporcional y racional para evitar daños innecesarios, y*
>
> *11. Que sea temporal es decir utilizada por el tiempo indispensable para restaurar la convivencia ciudadana.*

Es importante tener en cuenta que el ejercicio de la fuerza, se debe realizar por intermedio de los oficiales y agentes de policía, quienes actúan y ejecutan el poder y la función de policía.

Al respecto vale la pena citar la Sentencia C-403 de 2006 de la Corte Constitucional[147], que señala que la policía *"despliega por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía".*

"La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad (Vid. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 21 de 1982. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz). Ver la Sentencia C-024/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

b. Apertura del lugar y procedencia del lanzamiento cuando se encontrara cerrada y no hubiera respondido nadie al llamamiento que se hace.

Es de señalar que la utilización de la fuerza y la irrupción al inmueble en el caso de la diligencia de lanzamiento, no se puede considerar como un atropello a la intimidad de los propietarios ni a los moradores del lugar, así como tampoco es pertinente la aplicación de la figura del allanamiento en el supuesto de la entrada de los funcionarios que realizan la diligencia frente a la cual no están de acuerdo los propietarios, pues la misma norma prevé este mecanismo para realizarla.

Si bien es cierto en el Código Nacional de Policía[148] se amparan el domicilio y se estipula la inviolabilidad del mimo, previendo que el acceso al mismo debe requerir consentimiento de su dueño o de quien lo ocupe, en la situación de Lanzamiento por Ocupación de hecho, nos encontramos ante una situación reglada y prevista en la norma particular sobre la materia, por lo que no es necesario la autorización de una autoridad judicial o del propio residente. Es importante tener en cuenta que este procedimiento de entrar al domicilio y proceder al lanzamiento corresponde a la ejecución propia de la "decisión luego de adelantarse el procedimiento sobre el particular.

En consecuencia, no es jurídicamente técnico que la ejecutabilidad de la medida se le asimile a un

147 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 80 de la Ley 488 de 1998, los artículos 18 literal e), 19 literal c), 22 literal w), 23 literal o) y 32 literal j) del Decreto 1071 de 1999 y los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 53 la Ley 633 de 2000. La Corte se inhibió frente a pronunciarse de fondo respecto al artículo 80 de la Ley 488 de 1998 y declaró exequibles las demás normas demandadas.

148 Artículos 72 a 79.

allanamiento, pues es intrínseco a un acto administrativo que la autoridad en este caso administrativa y de policía ordene su cumplimiento y de ser necesario utilice los medios coercitivos para su efectividad; esta situación no obsta para que la autoridad utilice unos protocolos al momento de la ejecutabilidad de dicho acto los cuales se estipulan inclusive dentro del Decreto Nacional 992 de 1930, por consiguiente el Inspector se encuentra legitimado para aplicar dicha medida.

c. Inventario de las cosas que se encuentran en el inmueble

El inventario de las cosas que se encuentran en el inmueble se debe realizar en el evento en que en el sitio previsto para la diligencia no se encuentre nadie; esta situación supone en consecuencia que no es necesario inclusive que la persona vencida dentro de la querella se encuentre presente en la diligencia, lo cual no obsta para que la misma sea notificada de conformidad con lo establecido por la ley. Obviamente para realizar dicho inventario se requiere que previamente se haya ingresado al lugar, sin que por esto se configure el allanamiento como se reseñó anteriormente.

Conclusiones:

1. La diligencia de verificación práctica de lanzamiento por ocupación de hecho y la diligencia de allanamiento se encuentran regladas independientemente y por separado en la normatividad colombiana.
2. Como quiera que la diligencia de verificación práctica de lanzamiento por ocupación de hecho prevé los elementos necesarios para entrar al domicilio tanto en el caso que se encuentre o no el residente, esta situación no se configura en allanamiento por lo que en consecuencia no es procedente ni necesario solicitar autorización para efectuar la entrada del domicilio y proceder a efectuar la orden.

Cordialmente,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia de Información: **Dra. DEIDAMIA GARCÍA PEÑA**.
Subsecretaria de Apoyo a Localidades- Secretaría de Gobierno.
Dr. RAÚL NAVARRO.
Jefe Oficina Asesora Jurídica – Secretaría de Gobierno.
Dra. CLARA PATRICIA ROJAS PARRA
División de Registro y Control
Procuraduría General de la Nación.
Carrera 5 No. 15-80. Su oficio SIAF 228228/07

Proyectó: Zulma Rojas Suárez.
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

PERSONAS JURIDICAS SIN ÁNIMO DE LUCRO

Radicado de salida 2-2007-45123 21/08/07

Bogotá, D. C.,

Señor

DAGOBERTO BOHORQUEZ FORERO

Calle 74 C Sur No 1 C -11 Este

Ciudad.

Asunto: Su Consulta sobre régimen jurídico que establece competencia para inspección, vigilancia y control de entidades sin ánimo de lucro.

Radicado. 1-2007-28981

Respetado Señor Bohórquez:

Mediante el oficio del asunto, solicita a ésta Dirección concepto sobre la competencia otorgada por el Régimen Jurídico Nacional para que el Señor Alcalde Mayor de Bogotá a través de la Secretaría General – Subdirección de Personas Jurídicas, ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control a entidades sin ánimo de lucro con domicilio en el Distrito Capital.

Para dicho efecto, formula usted varios interrogantes, y no obstante teniendo en cuenta que en el mencionado escrito hace referencia indistinta a los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, así como las organizaciones instituidas como Veedurías ciudadanas, haremos una referencia previa al esquema normativo de cada una de ellas, con en fin de disipar las inquietudes que se desprenden del contenido de su documento.

1. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.1. La Constitución Nacional, en el artículo 38, establece la garantía para el libre ejercicio del derecho de la autonomía de la voluntad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

Estas organizaciones se pueden definir como 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. Nacen por libre albedrío de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario.

Igualmente, en la misma Carta Política[149] y para los efectos de orientación de la presente consulta, observamos en materia de atribuciones del ejecutivo nacional, ha señalado que es competencia del Presidente de la República, establecer... *"con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten."*

1.2. El legislador ha otorgado al Señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C. a través de diversos instrumentos normativos competencia en materia del derecho de asociación a las entidades sin ánimo de lucro, así por ejemplo tenemos que mediante la Ley 22 de 1987, puede reconocer y cancelar personería jurídica a las asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Bogotá Distrito Especial (hoy Distrito Capital).

De igual manera, y con base en la autorización conferida al Presidente de la República por virtud de la Ley 24 de 1988, se expidió el Decreto Nacional 525 de 1990, en cuyo art. 27 se dispuso delegar en el Alcalde Mayor de Bogotá *"el reconocimiento y cancelación de la personería jurídica de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales, de recreación o deportes que funcionen en su- jurisdicción, sin perjuicio de las facultades asignadas al ICFES respecto de las instituciones de Educación Superior"*, esquema que se ha mantenido para las organizaciones educativas y deportivas únicamente, conforme a la reforma efectuada a través del Decreto Ley 2150 de 1995, art. 45.[150]

Debemos aclarar que las funciones de reconocimiento de personería jurídica, están encaminadas frente a instituciones que en forma expresa no están sometidas a trámites de registro e inscripción antes las Cámaras de Comercio.

Actividad administrativa que se cumple en materia registral, a través de la Secretaría de Educación (fines educativos), y el Instituto Distrital de Recreación y Deporte-IDRD (fines deportivos).

Posteriormente, en consideración a que las facultades contempladas en la Ley y en el Decreto Nacional mencionados, constituían por su naturaleza, materias articuladas y relacionadas, fue necesario expedir una norma unificada para regular las actuaciones y trámites correspondientes a nivel Bogotá, dictándose para ello, el Decreto Distrital 059 del 21 de febrero de 1991, estatuto que acogió e incorporó lo pertinente de la normatividad expedida por el Gobierno Nacional en tal materia.

De otra parte, la facultad de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común domiciliadas en Bogotá, D.C.[151] se ejerce de acuerdo a la delegación que el Presidente de la República

149 Art. 370

150 Reglamentado por Decreto Nacional 427 de 1996, Art. 3º

151 Decreto Distrital No. 059 de 1991, Art. 37

Hizo en el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. mediante los Decretos 432 y 1318 de 1988, 1093 de 1989 y 525 de 1990, teniendo en cuenta lo dispuesto en los Decretos 054 de 1974 y 361 de 1987, y procederá respecto de las fundaciones y corporaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos sean la prestación de servicios de utilidad común o de interés general.

Así mismo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-305 del 22 de agosto de 1996 que declaró exequibles los artículos 40,41,42,43,44 y 45 del Decreto 2150 de 1995, al referirse al Título XXXVI del Código Civil al expresar... *"el desarrollo posterior de la legislación, merced a la expedición sucesiva de numerosas normas no incluidas en la perceptiva del Código en referencia (por ejemplo , la Ley 22 de 1987, y los decretos ... y las disposiciones sobre instituciones de utilidad común y juntas de acción comunal entre otras), modificó sustancialmente esos mandatos iniciales, derogó algunos de ellos, dio lugar a la existencia de nuevas modalidades de personas jurídicas, excediendo el primitivo criterio que las limitaba a corporaciones y fundaciones de beneficencia pública..."*. En tal sentido podemos afirmar que pueden existir otras denominaciones de personas jurídicas como son comités, organizaciones, colegios de profesionales juntas de acción comunal, agremiaciones representativas de sectores económicos, etc. que jurídicamente participan según sea el caso, del carácter de corporación, asociación y fundaciones.

Así mismo, la Corte Constitucional al desatar demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 636 (parcial) del Código Civil, [152] reitero ésta posición jurisprudencial, señalando que.. *"Como se reconoce en las sentencias C-695 de 1996 y C-O7 de 1997, mediante las disposiciones el Decreto 2150 de 1995 se adoptó un nuevo sistema para la obtención de la personalidad jurídica de las entidades a que se refieren aquellas disposiciones, entre ellas las asociaciones sin fin lucrativo; un sistema consistente en la constitución por escritura publica o documento privado y la inscripción pertinente del acto de constitución y de los correspondientes estatutos (entre otros actos de la asociación) en el Registro, que de acuerdo con esas nuevas disposiciones debe llevar la cámara de comercio respectiva.*

Así las cosas para la Corte resulta claro que tratándose de un nuevo régimen de obtención de personalidad jurídica y de adopción y validez de los estatutos, estas disposiciones pertinentes están llamadas a derogar las anteriores que disponían en contrario o que resultan opuestas a las nuevas regulaciones."

1.3. RED DE VEEDURIAS CIUDADANAS.

1.3.1. MARCO JURIDICO. El Constituyente de 1991, consagró la posibilidad de instituir estas organizaciones, señalando que las mismas pueden ser organizadas como formas y sistemas de participación ciudadana cuyo propósito sea vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

152 Sentencia C-670/05, expediente D-5569,

En efecto, la Ley 134 de 1994, Art. 100 *"Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana"*, desarrollo de manera complementaria los mecanismos de participación ciudadana, con la posibilidad de que las organizaciones civiles puedan constituir veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia tanto a nivel nacional, como en el nivel territorial, con el fin de vigilar la gestión pública, los resultados de la misma y la prestación de los servicios públicos, con atribución de hacerlo frente aquellos ámbitos, aspectos y niveles administrativos en los que en forma total o mayoritaria se empleen los recursos públicos.

De acuerdo a la ley, se entiende por Veeduría Ciudadana,[153] como... *"el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público."*

Así las cosas, el derecho de participación ciudadana emana del mandato democrático y participativo que, como principio fundamental del Estado, está consagrado en la Constitución Política, de tal forma que sobre esa dialéctica de la relación Estado-ciudadano, en lo concerniente a la participación en tales procesos, la jurisprudencia ha dicho[154]:

> *"Las relaciones entre el Estado y los particulares se desenvuelven en un marco jurídico democrático y participativo como claramente aparece en el preámbulo de la Constitución y es reiterado en el título I de los principios fundamentales. El artículo 1 de la Constitución define a Colombia como un estado social de derecho organizado en forma de república democrática participativa y pluralista, mientras que en el artículo 2° establece dentro de los fines esenciales del Estado el de "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación". Los principios de la soberanía popular (CP. art.3°), de primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art.5°), de diversidad étnica y cultural (CP art. 7°) y de respeto a la autodeterminación de los pueblos (CP art.9°) constituyen junto con los anteriores el ideario axiológico que identifica el sistema jurídico colombiano y le otorga su indiscutible carácter democrático y participativo, presente en los distintos escenarios, materias y procesos de la vida institucional y social del país.*

153 Ley 850 de 2003, Art. 1º

154 Corte Constitucional. Sentencia C-1338/00 Expediente D-2905. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 7º y 20 de la Ley 563 de 2000.

"En materia del ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de 1991 representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales por su parte han obrado una redistribución del poder político en favor de toda la población con lo que se consolida y hace realidad la democracia participativa."

"Los instrumentos de participación democrática garantizados en la Constitución no se limitan a la organización electoral sino que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria"

De la anterior orientación jurisprudencial, tenemos que dentro de los derechos que emanan del principio de participación democrática, está el que permite vigilar la gestión pública que se cumple en los diversos niveles administrativos, así como sus resultados[155], y en la posibilidad de conformar "Asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales", con el objeto de llevar a cabo dicho control y vigilancia.

Esta vigilancia se puede ejercer por ellas en todos los ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o mayoritaria se empleen recursos públicos.

El segundo inciso del artículo 103 y el artículo 270 de la Constitución Política se refieren a esta forma de participación ciudadana en los siguientes términos.

"ARTICULO 103....

"El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan."

"ARTICULO 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados."

155 Aartículo 270 Constitución Nacional

En el artículo 209 de la Constitución Nacional señala que... *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrollará con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y corresponde a las autoridades administrativas coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado."*

El Estatuto Orgánico de Bogotá, Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 6º, expresa:

> *"Las autoridades distritales promoverán la organización de los habitantes y comunidades del distrito y estimularán la creación de las asociaciones profesionales, culturales, cívicas populares, comunitarias y juveniles que sirvan de mecanismo de representación en las distintas instancias de participación, concertación, y vigilancia de la gestión Distrital y local.*
>
> *De conformidad con lo que disponga la ley, el Concejo dictará las normas necesarias para asegurar la vigencia de las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y comunitaria y estimular y fortalecer los procedimientos que garanticen la veeduría ciudadana frente a la gestión y contratación administrativas" (el subrayado es nuestro).*

De igual forma el artículo 12, numeral 10 de la misma norma, establece que:

> *"Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y la Ley:*
>
> *...10. Dictar las normas que garanticen la descentralización, la desconcentración y la participación y veeduría ciudadanas".*

Así pues, el legislador le otorgó una importantísima herramienta al Concejo de Bogotá, Distrito Capital, al permitirle crear un instrumento que acerque al ciudadano a una democracia real y efectiva, propósito que se cumplió mediante el Acuerdo 142 de 2005, "Por medio del cual se adoptan mecanismos e instancias para apoyar y promover en el ámbito distrital las Veedurías Ciudadanas y se dictan otras disposiciones". Este Acuerdo estableció y conformó la "Red Institucional Distrital de Apoyo a las Veedurías Ciudadanas", y creó el "Consejo Distrital de Apoyo a las Veedurías Ciudadanas.

A través de la norma, se buscó dar apoyo a las veedurías ciudadanas por parte del Concejo Distrital desarrollando lo ordenado en la Ley 850 de 2003, en cuanto se refiere a las obligaciones establecidas para el propio Estado, en éste caso para el Distrito Capital, aplicando efecto similar ocurrido en el nivel nacional, en donde se crearon por ley análogos consejo nacional y red interinstitucional, con la participación, entre otros órganos, de la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoria del Pueblo.

Así las cosas, las veedurías adquieren una dimensión especial, porque además de ser una expresión de la voluntad de participación ciudadana, son la concreción del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

1.3.2. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS VEEDURIAS CIUDADANAS.

El artículo 11 de la Ley 850 de 2003 consagra el principio de responsabilidad como guía de la conducta de los veedores, el cual debe ser entendido como el compromiso que corresponde a los individuos según la naturaleza y el objeto de la figura de las veedurías ciudadanas.

Así, la finalidad de esas organizaciones es la de ejercer vigilancia en ciertos ámbitos del desempeño y gestión de la administración publica, o de los organismos que transitoriamente desempeñan funciones publicas, respondiendo a la necesidad de garantizar la participación ciudadana en la vigilancia de los recursos del Estado como expresión de un derecho político.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:[156]

> *"El veedor, entonces, no puede ser concebido como un ciudadano que está libre de todo control, pues en todo caso es responsable, políticamente, frente a los demás miembros de la veeduría a la que pertenezca, a la sociedad en general y al Estado. (Subrayado es nuestro)*
>
> *Interpretaciones aisladas llevarían a plantear que la norma se ocupa de un asunto que no le corresponde a una ley de este tipo, pues el establecimiento de sanciones no es objeto de este proyecto de ley. Pero como se vio anteriormente, una interpretación armónica permite descartar esta hermenéutica y lleva a concluir que la responsabilidad a que se refiere este artículo debe ser entendida en el marco del objeto de las veedurías. Esta responsabilidad, así como su entendimiento, operan sin perjuicio de eventuales conductas en las que incurra el veedor y sean objeto de otro tipo de regulación o de responsabilidad, por ejemplo en materia penal, que ha de regirse según las normas pertinentes."...*

El artículo 13 se refiere al principio de objetividad, requisito que hace parte de la finalidad y razón de ser de la figura de las veedurías ciudadanas como la expresión de la probidad que han de difundir y con la cual ejercerán la respectiva vigilancia en entidades determinadas.

En el proceso de revisión de constitucionalidad al proyecto de ley numero 022 de 2001 Senado, 149 de 2001 Cámara, "por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas", la Corte Constitucional [157]entre otros importantes señalamientos expresó:

156 Sentencia C-292/03, Expediente PE-016 Revisión de constitucionalidad del proyecto de ley numero 022 de 2001 Senado, 149 de 2001Cámara, por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas . M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Bogotá, D C., ocho (8) de abril de dos mil tres (2003).

157 Sentencia C-292/03, Expediente PE-016, Ibidem

"En primer lugar, desde una perspectiva general, la Corte considera que la consagración de deberes a las veedurías ciudadanas es perfectamente constitucional, ello en armonía con el principio del Estado social de Derecho, en el cual, a la vez que se reconoce un sinnúmero de derechos a los ciudadanos y a las organizaciones, también le son exigibles un importante catálogo de deberes. En este sentido, es claro que, a pesar de que las veedurías son la expresión concreta de los derechos políticos y de participación que se le reconocen a los ciudadanos –en el sentido ampliado de democracia que ha tratado esta sentencia -, a toda veeduría como organización diferente de los miembros que la integran, le son igualmente exigibles ciertos deberes constitucionales y legales, y en primer lugar le es aplicable el principio básico de toda sociedad civil, recogido en el artículo 95 de la Carta, cual es el de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios."

Las misma Corporación reconoció la posibilidad de que el legislador podría imponer deberes a las veedurías ciudadanas, como en efecto lo hizo en la Ley 850 de 2003, Art. 19, precisando que..."... *dicha imposición deberá, por un lado, respetar criterios estrictos de razonabilidad y proporcionalidad como quiera que se trata de la regulación de un mecanismo de participación de la ciudadanía o de las sociedad, y por otro lado deberá estar en consonancia con la especial naturaleza y el particular objeto de las veedurías ciudadanas. Por consiguiente, el Legislador debe garantizar unas condiciones mínimas que faciliten el ejercicio del derecho de participación mediante la constitución y funcionamiento de las veedurías, y no puede extender ni imponer tantos deberes u obligaciones que hagan tan engorroso su ejercicio que el derecho se torne impracticable."...*

En efecto indica en el artículo 18, literal a) de la ley 850 de 2003, que uno de deberes de las veedurías ciudadanas es el de: "Recibir informes, observaciones, y sugerencias que presenten los particulares, las comunidades organizadas, las organizaciones civiles y las autoridades, en relación con las obras, programas y actividades objeto de veeduría."

Entonces para la Alta Corporación de lo Constitucional es claro que..."Las veedurías, como ha quedado expuesto en la presente sentencia, tiene una función primordial dentro del sistema jurídico colombiano: coadyuvar a los órganos de control en la tarea de vigilar la gestión pública. En este orden de ideas, la Corte entiende que un correcto ejercicio de tal función demanda la recepción de información que posean entidades públicas o empresas o particulares. Sólo con un acceso pleno a dicha información, es posible ejercer una debida vigilancia. Así mismo, no puede asumirse que la función que realizan las veedurías sea seria y objetiva si se niega a evaluar información que no posee y que le es presentada o suministrada por particulares u órganos estatales. Vigilar la gestión pública demanda valorar opinión e información generada desde distintos sectores, de manera que se obtenga una visión completa del fenómeno objeto de observación."

En el extenso análisis de constitucionalidad efectuado rescatamos de manera particular para el tema que nos ocupa tres aspectos importantes que aparecen contendidos en el texto de la mencionada Ley 850 de 2003, Art. 19 cuando regula los deberes de las veedurías ciudadanas, así:

- Literal a) *"Comunicar a la ciudadanía, a través de informes presentados en asambleas generales o reuniones similares de los habitantes y de las organizaciones de la comunidad, los avances en los procesos de control y vigilancia que estén realizando."* (Sentencia C-292/03 Ibidem)

  Norma frente a la cual la Corte considero que..." de una primera lectura de esta disposición podría llevar a la conclusión de que se ha impuesto una limitación fuerte al derecho de asociación y a la libertad de "configuración" de la organización de las veedurías." (Sentencia C-292/03 Ibidem)

- e) Inscribirse en el registro de las personerías municipales y distritales o Cámaras de Comercio;

- h) Quedó establecido el deber de las veedurías a informar a las autoridades públicas sobre el origen de sus recursos y los mecanismos de financiación, deber frente al cual..."La Corte Constitucional no encuentra que dicho deber resulte contrario a la Constitución. Sin embargo, la Corte advierte que el cumplimiento de dicho deber sólo puede demandarse en las condiciones en que los particulares están en la obligación a suministrar dicha información a organismos de control, pues no existe razón constitucional alguna que justifique un tratamiento diferencial en la materia." [158]

1.3.3. El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, [159] expresó que el Señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., tiene competencia para ejercer control y vigilancia sobre las asociaciones y demás entidades sin ánimo de lucro que cumplen funciones de veedurías ciudadanas siempre y cuando su domicilio sea en el Distrito Capital, criterio que fue fijado en virtud a la consulta elevada por el Señor Ministro de Justicia y del Interior, Despacho que la formuló a solicitud del Señor Alberto Contreras Martínez, Director de una entidad privada denominada "Red de Veedurías Ciudadanas", quien además indagó sobre si ese control tiene alcance frente a las actuaciones que ésta organizaciones realizan a nivel regional o en otros municipios sin que se hayan inscrito en las Cámaras de Comercio, y si la labor de vigilancia de la gestión pública que efectúan las Veedurías, no es un impedimento para el ejercicio del control de ellas, por parte de la Alcaldía Mayor.

Aclara la Corporación, que las veedurías integradas por un número plural de ciudadanos, sin constituir una persona jurídica que se encuentren inscritas en la Personería Distrital o en la Cámara de Comercio de Bogotá deben ser vigiladas por la Contraloría Distrital, entidad que tiene que encargarse de analizar la información sobre sus mecanismos de información y el origen de sus recursos.

Así mismo señala que la Alcaldía Mayor puede ejercer vigilancia sobre las asociaciones y demás entidades privadas sin ánimo de lucro, inscritas en la Cámara de Comercio, que se encargan de realizar veeduría ciudadana independientemente de que lleven a cabo esta clase de funciones

158 Sentencia C-292/03, Expediente PE-016, Ibidem

159 Concepto 01818-07 de mayo 17 de 2007. La publicación del concepto fue autorizada el 29 de junio de 2007.

a nivel regional o en otros municipios en donde los gobernadores también pueden ejercer la vigilancia respectiva.

De otra parte, la Sala considera que las funciones de vigilancia de la gestión pública asignadas a las veedurías, no constituyen un impedimento para que las asociaciones y demás entidades privadas sin ánimo de lucro domiciliadas en el Distrito Capital, sean controladas por la Alcaldía Mayor.

1.4. COMITES DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL [160]

1.4.1. MARCO JURIDICO. Con la expedición de la Constitución Política de 1991, en el artículo 365 se estableció que la prestación de los servicios públicos constituye una de las finalidades inherentes al Estado Social de Derecho y por tanto, se rompe con la exclusividad y monopolio que hasta entonces venía ejerciendo el Estado en su prestación, permitiendo que los particulares también puedan prestarlos, pero en cuanto a su regulación, control y vigilancia, ésta es una facultad exclusiva del Estado con el propósito de garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los todos los ciudadanos.

Dentro de ese marco constitucional, el artículo 369 consagra igualmente que la Ley establecerá los deberes y los derechos de los usuarios y la forma de su participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales dedicadas a la prestación de servicios públicos, generándose con ello mecanismos para que los usuarios y suscriptores puedan actuar en defensa de sus intereses, participando de una manera activa bajo el concepto de control social.

Fue así como el legislador expidió la Ley 142 de 1994, posteriormente modificada por la Ley 689 de 2001 a través de la cual se fija el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, estableciendo en el Título V los aspectos inherentes a su regulación, control y vigilancia, tanto la ejercida por parte del Estado, como el control social que le corresponde a los usuarios o suscriptores de tales servicios.

1.4.2. CONTROL SOCIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. El artículo 369 de la Carta Política establece la participación de los usuarios y suscriptores en el control y fiscalización de las empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, constituyendo un principio más dentro de los cuales la Carta consagra formas de participación ciudadana en asuntos que tienen que ver con decisiones que los afectan.

Este postulado constitucional fue desarrollado por la Ley 142 de 1994 al establecer en el artículo 62 que en todos los municipios deben existir "Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios" conformados por usuarios o suscriptores potenciales de los mismos, quienes elegirán como su representante a un vocal de control, los que a su vez podrán integrar

160 Fuente: Concepto 65 de julio 10 de 2003, Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá - Subdirección de Estudios y Conceptos, RAD. 3-2003-03802

la tercera parte de las juntas directivas de las empresas de servicios públicos de carácter oficial, previa designación de los Alcaldes. En los artículos 63 y 64 se describen las funciones que les competen tanto a los Comités como a los vocales de control.

Tales disposiciones fueron objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional mediante el Decreto 1429 de 1995, con el cual se efectiviza la participación ciudadana, precisándose en él, aspectos relacionados con la constitución de los comités de desarrollo y control social, sus alcances, funciones y responsabilidades.

Entre otras cosas, el citado Decreto dispone que la iniciativa para la constitución de dichos comités es privativa de los usuarios o suscriptores, así como el tener dicha calidad constituye el único requisito para poder formar parte de los mismos.

En cuanto a su inscripción y reconocimiento es una competencia que se encuentra radicada en cabeza de los Alcaldes Municipales, a quienes además les corresponde velar por su conformación en su correspondiente jurisdicción, mientras a los Gobernadores se les asigna la función de promover la participación de la población en la constitución de los comités.

Por su parte, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en coordinación con las anteriores autoridades le corresponde velar por la capacitación de los vocales, para que puedan de manera cabal cumplir con sus funciones.

Ahora bien, en cuanto a la participación o intervención de los mismos en las juntas directivas de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, está limitada exclusivamente a aquellos asuntos relacionados con la prestación de los servicios públicos y la gestión propia que le corresponde a la empresa. Por lo tanto, ninguna facultad tienen para participar o tomar parte en decisiones que sean ajenas a la orbita del control ciudadano sobre la prestación de los servicios públicos en cuanto a su calidad y eficiencia.

1.4.3. CONTROL Y VIGILANCIA SOBRE LOS COMITÉS DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL. Con relación a la competencia para ejercer control y vigilancia sobre los citados comités, cabe precisar lo siguiente:

La noción de control y vigilancia que ejerce el Estado debe entenderse como el poder de inspección o de fiscalización que una autoridad administrativa tiene sobre determinadas personas o entes sometidos a su vigilancia, expresamente señalados en la ley, no como una forma de intervención en la actividad vigilada, sino mas bien como un mecanismo de soporte o de ayuda.

En efecto, el legislador en la Ley 222 de 1995, artículos 84 y 85, define en que consiste la vigilancia y control. La vigilancia es la atribución que se tiene para velar que los vigilados en su formación, funcionamiento y desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos, mientras el control consiste en la facultad para ordenar los correctivos que sean necesarios con el propósito

de que se subsanen situaciones de orden jurídico, contable, económico o administrativo.

En este orden de ideas, tal como se ha mostrado en las líneas anteriores, debe concluirse que las atribuciones que el artículo 15 del Decreto Nacional 1429 de 1995 entrega a los Alcaldes Municipales y Distritales se han referido fundamentalmente a acciones de promoción de los Comités de Desarrollo y Control Social, así como su reconocimiento y registro, sin que se haya definido lo relacionado con la inspección y vigilancia que sobre éstos pueda recaer.

1.4.4. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, se colige que le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con relación a los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, entre otras funciones, la de *"Apoyar las tareas de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.1 de la Ley 142 de 1994, y servir de apoyo técnico a las funciones de los departamentos, distritos y municipios en sus funciones de promoción de la participación de la comunidad en las tareas de vigilancia de los servicios públicos"*

Por su parte, la Ley 142 de 1994 en el artículo 65.3 establece que *"La Superintendencia tendrá a su cargo el diseño y la puesta en funcionamiento de un sistema de vigilancia y control que permita apoyar las tareas de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios..."*

De otro lado, mediante el Decreto Nacional 990 de 2002 norma que modifica la estructura de la citada Superintendencia, establece en el artículo 5º que... *"Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las hagan sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001 y demás leyes que las adicionen, modifiquen o sustituyan, estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos."*...

Entre otras funciones, establecidas para dicha Superintendencia en la misma norma[161] fijó las siguientes:

- Conocer de los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos emitidos por el personero municipal, mediante los cuales decidan las impugnaciones que se formulen contra la constitución de Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios y las elecciones de sus juntas directivas.[162]
- Coordinar con los departamentos y municipios la capacitación de los vocales de control, para efectos de que cuenten con los instrumentos básicos y con la información necesaria para desarrollar sus tareas y representar a los comités de desarrollo y control social.
- Darles a las autoridades territoriales el apoyo técnico necesario, así como la capacitación,

161 Decreto Ibidem numerales 59, 60, 61 y 62

162 Concordante con el Art. 10 de la Ley 689 de 2001, que modificó el art. 162 de la Ley 142 de 1994

orientación y los elementos de difusión que sea del caso para la promoción de la participación de la comunidad en las tareas de vigilancia.

- Delegar de conformidad con la ley algunas funciones en otras autoridades administrativas del orden departamental o municipal, o la celebración de contratos con otras entidades públicas o privadas para el mejor cumplimiento de ellas.

Igualmente, en el artículo 18 del citado Decreto se indican las funciones de la Dirección General Territorial señalando en el numeral 4º que le compete a este Despacho *"Diseñar y supervisar la puesta en funcionamiento del sistema de vigilancia y control que permita apoyar las tareas de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"*.

La anterior disposición se complementa con lo señalado en el artículo 20, numeral 25 de la misma norma, que señala como una de las funciones de las Direcciones Territoriales las de *"Implantar y poner en funcionamiento el sistema de vigilancia y control que permita apoyar las tareas de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"*

Del anterior recuento normativo, se infiere que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce el control y vigilancia de las personas naturales o jurídicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y de aquellas que en forma general, realicen actividades sometidas a las disposiciones del régimen jurídico integrado la aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001, y el Decreto 1429 de 1995.

En el marco de la legislación actual, no hay competencia ni para la Administración Distrital ni para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para ejercer inspección, vigilancia y control sobre los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios.

En razón a tal deficiencia normativa, le informamos que estamos enviando copia del presente concepto al Despacho del Señor Superintendente de los Servicios Domiciliarios, a efecto de que se considera la posibilidad de proponer en el nivel nacional la definición de este aspecto que no fue contemplado en el Decreto Nacional 1429 de 1995.

1.5. La inspección y vigilancia a cargo del Estado, debe contar con herramientas que sean útiles para ejercer una función preventiva, por ello conforme a la Constitución Política, artículo 15, (inciso final) debemos entender que sus disposiciones son claras cuando establece que... *"Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados en los términos que señale la ley"*.

En éste sentido, hemos visto que la Ley 850 de 2003, establece la obligación para las organizaciones instituidas como Veedurías Ciudadanas de informar a las autoridades todo lo relacionado con el origen de sus recursos y los mecanismos de financiación.

En relación con las entidades sin ánimo de lucro el legislador[163] previó que todas las personas jurídicas y las personas naturales que cumplan los requisitos señalados en el reglamento de constitución, deberán llevar contabilidad, de acuerdo con los principios generalmente aceptados, con la obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control.

De tal forma que la entidad sin ánimo de lucro que aplique de manera diferente los recursos que reciba del Estado a cualquier título, será sancionada con cancelación de la personería jurídica y multa equivalente al valor de lo aplicado indebidamente, sin perjuicio de las sanciones penales que por tal hecho se puedan generar.[164]

Por lo anterior, el representante legal de una entidad sin ánimo de lucro que reciba recursos del Estado a cualquier título, estará sujeto al régimen de responsabilidad administrativa previsto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Publica [165] para los representantes legales de las entidades del sector público, cuando celebre cualquier tipo de contrato, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

La jurisprudencia constitucional[166] insiste en señalar que... *"Los datos que deben suministrarse, lo mismo que los papeles que pueden examinarse por las autoridades, son aquellos que tienen una relación muy estrecha con las funciones constitucionales confiadas al Estado en materia judicial, fiscal y de inspección y vigilancia."*

2. RESPUESTA.

Con fundamento en las anteriores consideraciones atenderemos sus interrogantes en el mismo orden en que fueron planteados, según los siguientes términos.

PRIMERA PREGUNTA. "Solicito en copia certificada para ser utilizada como prueba fehaciente, que se me informe ¿Cuál es la norma que faculta a la Subdirección de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá para que pueda ejercer vigilancia y control a las Organizaciones sin ánimo de lucro como las Veedurías Ciudadanas que las Rige la Ley 850 de 2003?

RESPUESTA:

Las funciones que el legislador estableció en cabeza del Señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., mediante Ley 22 de 1987, y la delegación que efectuó el Presidente de la República mediante los Decretos 432 y 1318 de 1988, 1093 de 1989, y demás normas legales que posteriormente han instituido control gubernamental a ésta misma autoridad, son ejercidas por la Subdirección

163 Ley 190 de 1995, Art. 45, 46 y 47

164 Ley 190 de 1995, Art. 46

165 Ley Ibidem Art. 47

166 Corte Constitucional, Sentencia C-538/97, Expediente D-1641, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

de Personas Jurídicas, dependencia que conforme a lo dispuesto en el Decreto 267 de 2007, artículo 30, cumple entre otras, las funciones de..." *a. Ejercer, conforme a las disposiciones legales vigentes, la inspección, control y vigilancia de las asociaciones y corporaciones sin ánimo de lucro, así como de las instituciones de utilidad común con domicilio en el Distrito Capital, para garantizar que cumplan con sus estatutos, de conformidad con la legislación aplicable;"*

Igualmente, conforme a su solicitud de copia certificada de la mencionada norma, usted podrá acercarse a la Subdirección de Imprenta Distrital ubicada en la calle 11 Sur No 1-60 Este (Bogotá D.C.), en donde previo el pago de los derechos correspondientes - ($4.900.00)- en cualquier sucursal del Banco de Occidente, y a nombre de la Dirección Distrital de Tesorería, le suministrada copia del Registro Distrital No. 3787 de junio 26 de 2007, el cual contiene la publicación de la norma que usted indaga.

Lo anterior, por cuanto tal como lo sostiene el Consejo de Estado, en concepto trascrito, la Veeduría Ciudadana organizada como persona jurídica sin ánimo de lucro, se encuentra sometida bajo la vigilancia de la Subdirección de Personas Jurídicas.

SEGUNDA PREGUNTA: *"Solicito en copia certificada para ser utilizada como prueba fehaciente, ¿Cuál es la norma que faculta a la Subdirección de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá para sancionar a una Red Nacional de Veeduría Ciudadana que se rige estrictamente por la Ley 850 de 2003?*

RESPUESTA:

En relación con las entidades sin ánimo de lucro el legislador[167] previó que todas las personas jurídicas y las personas naturales que cumplan los requisitos señalados en el reglamento de constitución, deberán llevar contabilidad, de acuerdo con los principios generalmente aceptados, con la obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control.

Por lo tanto, de conformidad a las consideraciones expuesta en el presente documento, hemos visto que la Ley 850 de 2003, establece la obligación para las organizaciones instituidas como Veedurías Ciudadanas de informar a las autoridades todo lo relacionado con el origen de sus recursos y los mecanismos de financiación.

En concordancia normativa, en primer lugar, la mencionada Ley 190 de 1995, fue clara en señalar que la entidad sin ánimo de lucro que aplique de manera diferente **los recursos que reciba del Estado a cualquier título,** será sancionada con cancelación de la personería jurídica y multa equivalente al valor de lo aplicado indebidamente, sin perjuicio de las sanciones penales que por tal hecho se puedan generar.

En segundo lugar, tenemos que el Decreto Distrital No. 059 de 1991, *"Por el cual se dictan normas sobre trámites y actuaciones relacionados con la personería jurídica de entidades sin ánimo de lucro*

167 Ley 190 de 1995, Art. 45, 46 y 47

y con el cumplimiento de las funciones de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común", el Alcalde Mayor de Bogotá, Art. 4º señaló las siguientes funciones:

*"**Artículo 4º**.- De la competencia de la Administración Distrital. En cumplimiento de las funciones atribuidas por la Ley 22 de 1987, los Decretos 432 y 1318 de 1988, 1093 de 1989 y 525 de 1990, la Administración Distrital por conducto de las dependencias y funcionarios aquí previstos, realizará las siguientes actuaciones, trámites y funciones:*

"a. Mediante resolución especial motivada, reconocerá, negará, suspenderá y cancelará personería jurídica a las asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común sin ánimo de lucro, con domicilio en Bogotá, D.E.

.....

i. Ejercerá la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, según la delegación hecha por el Gobierno Nacional.

j. Realizará las demás actuaciones, trámites y funciones inherentes a las contempladas en este Decreto o que se desprendan de ellas."

En consecuencia, la suspensión y cancelación de la personería jurídica de las asociaciones, corporaciones, fundaciones o instituciones de utilidad común sin ánimo de lucro puede originarse en forma oficiosa o a petición de cualquier persona, o de los propios asociados cuando a ello hubiere lugar.

Además, ese tipo de sanción administrativa[168] se puede imponer en los casos previstos en la ley, tal como lo prevén las disposiciones ya analizadas (ley 190/95), correctivos que igualmente pueden operar cuando las actividades de las organizaciones vigiladas se desvíen del objetivo de sus estatutos, o se aparten ostensiblemente de los fines que motivaron su creación, o incumplan reiteradamente las disposiciones legales o estatutarias que las rijan, o sean contrarias al orden público.

Atendiendo su segunda solicitud de copia certificada de la mencionada norma, usted podrá acercarse a la Subdirección de Imprenta Distrital ubicada en la calle 11 Sur No 1-60 Este (Bogotá D.C.), en donde previo el pago de los derechos correspondientes según el mismo procedimiento de cancelación ante el Banco de Occidente, señalado en la primera respuesta contenida en éste documento, le suministrarán copia del Registro Distrital No. 618 de marzo 8 de 1991, el cual contiene la publicación de la norma que usted indaga.

TERCERA PREGUNTA. "Solicito en copia certificada, para ser utilizada como prueba fehaciente, ¿Cuál es la norma que faculta a la Subdirección de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá, para que fiscalice los recursos internacionales que en calidad de donación reciben estas Veedurías Ciudadanas que se rigen por la Ley 850 de 2003?

168 Decreto Distrital 059 de 1991, Art. 22

RESPUESTA

El Decreto Nacional 2649 de 1993 "Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia", establece los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, precisando en el artículo 1º que..." *De conformidad con el artículo 6º de la ley 43 de 1990, se entiende por principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, el conjunto de conceptos básicos y de reglas que deben ser observados al* ***registrar e informar contablemente sobre los asuntos y actividades de personas naturales o jurídicas.*** *Apoyándose en ellos, la contabilidad permite identificar, medir, clasificar, registrar, interpretar, analizar, evaluar e informar, las operaciones de un ente económico, en forma clara, completa y fidedigna."* (Subrayado y destacado es nuestro)

En este sentido, respecto de las atribuciones de inspección, vigilancia y control dichos principios son aplicados por todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad, inclusive son necesarios también para quienes sin estar obligados a llevar contabilidad, pretendan hacerla valer como prueba.

Destacamos lo dicho por mencionado Decreto Nacional, en el cual aparece definido el concepto de ingreso como componente de la contabilidad, precisando:

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

En consecuencia, no se entiende separado dentro del concepto de contabilidad a que están obligadas las personas naturales y jurídicas, un manejo separado para las donaciones indistintamente considerada su procedencia, de donde se determina que para los efectos de control gubernamental, la competencia tiene alcance en todo el contexto registrable.

Atendiendo su tercera solicitud de copia certificada de la mencionada norma, usted puede obtenerla en la Imprenta Nacional organismos que la Publicó en el Diario Oficial No. 41156 de diciembre 29 de 1993, el cual contiene la publicación de la norma que usted indaga.

CUARTA PREGUNTA. "Solicito en copia certificada, para ser utilizada como prueba fehaciente, los informes de control, inspección, y fiscalización que la Subdirección de Personas Jurídicas ha realizado a los recursos que hasta la fecha han recibido las Organizaciones que se hacen llamar "Redes de Veedurías Ciudadanas", lo anterior es para poder establecer si existe persecución institucional a una Red de Veeduría Ciudadana que se rige por la Ley 850 de 2003?

RESPUESTA

Tal como hemos manifestado en el presente documento el derecho a la intimidad es pregonable para todas las personas sea éstas naturales o jurídicas. Mandato constitucional que obliga a la Administración Distrital a mantener bajo reserva todo lo relacionado con la información en materias contables y financieras [169] que provienen del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que realiza a las entidades sin ánimo de lucro con jurisdicción en el Distrito Capital.

Para el efecto es importante tener en cuenta lo establecido en el Estatuto Tributario Nacional, en el cual está previsto en materia de reserva de declaraciones tributarias:

> *"Art. 583._ Reserva de la declaración. La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales, sólo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.*
>
> *En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva.*
>
> *Los bancos y demás entidades que en virtud de la autorización para recaudar los impuestos y recibir las declaraciones tributarias, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, conozcan las informaciones y demás datos de carácter tributario de las declaraciones, deberán guardar la más absoluta reserva con relación a ellos y sólo los podrán utilizar para los fines de procesamiento de la información, que demanden los reportes de recaudo y recepción, exigidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
>
> *Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.*
>
> *"Parágrafo. Adicionado por el Art. 89 de la Ley 488 de 1998.- Para fines de control al lavado de activos, La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá remitir, a solicitud de la dependencia encargada de investigar el lavado de activos, la información relativa a las declaraciones e investigaciones de carácter tributario, aduanero y cambiario, que posea en sus archivos físicos y/o en sus bases de datos".*

169 Constitución Política, Art. 74, concordante con el Art. 583 del Estatuto Tributario el cual desarrollo el postulado constitucional contenido en el art. 15 de la C.P.

En el Distrito Capital, al armonizarse las disposiciones sobre procedimientos en la administración de los tributos locales con las disposiciones del Estatuto Tributario Nacional, mediante Decreto 807 de 1993[170], se estableció:

> *"**Artículo 18º.**- Reserva de las Declaraciones. De conformidad con lo previsto en los artículos 583, 584, 585, 586, 693, 693-1 y 849-4 del Estatuto Tributario Nacional, la información tributaria distrital estará amparada por la más estricta reserva."*

Por lo anterior, "los informes de control, inspección y fiscalización que la Subdirección de Personas Jurídicas ha realizado a los recursos que hasta la fecha han recibido las Organizaciones que se hacen llamar Redes de Veedurías Ciudadanas," por usted solicitados, no es posible suministrárselos en razón a que para la elaboración, coordinación y liquidación de los aspectos matemáticos, y financieros de los mismos, es evidente que las cada una de las Entidades vigiladas actúa en relación directa con su información tributaria.

Finalmente, es importante mencionarle que éste Despacho estará atento para colaborarle en los demás aspectos que correspondan de manera directa a la competencia que la ley ha señalado a la Administración Distrital en los términos anotados.

Cordialmente,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Copia de Información. Dr. Dra. Etelvina Ruiz García
Subdirectora Personas Jurídicas

Dra. Eva María Uribe Tobon
Superintendente de los Servicios Públicos Domiciliarios
Carrera 18 No. 84-35 Bogotá D.C.

Proyectó: Orlando Corredor Torres
Revisó Manuel Ávila Olarte
Aprobó Martha Yaneth Veleño Quintero

170 Adicionado por el Decreto Distrital 362 de 2002

Radicado de salida 2-2007-15666 04/04/07

Bogotá, D. C.,

Doctor

JULIO ROBERTO SUAREZ RODRIGUEZ

Gerente Unidad Especial de Inspección Educativa

Avenida El Dorado No 66-63

Ciudad.-

ASUNTO: Su solicitud de concepto Régimen aplicable designación Liquidador Fundación para la Educación Creativa Fecrea".

Radicado. 1-2007-6052

Reciba un cordial saludo Doctor Julio Roberto:

Mediante el oficio del asunto, solicita concepto en relación con la normatividad aplicable en el proceso de liquidación de una Fundación planteando inquietudes con fundamento en los siguientes términos.

Menciona que la Fundación para la Educación Creativa Fecrea, es objeto de investigación por parte de su Despacho, en virtud a que desde hace 10 años que lleva de creada y no ha empezado a cumplir con su objeto social. Y que en relación con la representación legal de la institución, desde el año 1995 se encontraba en discusión el ejercicio de esa dignidad, hasta el año 2005, cuando fue ratificada la persona que estaba ejerciéndola, y en ese momento se determinó, que en caso de liquidación éste último actuaría como liquidador. Expresa igualmente, que los estatutos prevén que la liquidación corresponde a quien ostente la calidad de Director General.

En virtud de tales antecedentes solicita nuestro pronunciamiento respecto a que trámite se debe seguir para el nombramiento del liquidador de la entidad, tanto porque la totalidad del Consejo de Fundadores no está de acuerdo con el representante legal inscrito, como porque la norma local de orden Distrital contenida en el Decreto Distrital, Decreto 059 de 1991, Art. 30, señala que la entidad deberá nombrar un liquidador, o en su defecto lo será el último representante legal inscrito.

1. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.1. Las fundaciones conforme a las reglas de derecho privado, son entes surgidos de la voluntad de una persona o del querer de varias, quienes establecen las reglas acerca de su constitución, organización, fines y medios para alcanzarlos; El sustrato de la fundación, es la afectación de

unos bienes o dinero preexistentes [171] a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social.

Así las cosas, la esencia de ésta institución, es la destinación de unos bienes para la consecución de un fin de beneficio común, afectándolos a la realización de un objeto especifico y por lo tanto, en éste sentido, la ley respeta la voluntad del fundador o fundadores, y somete a las personas encargadas de la administración de la entidad a esa voluntad.

El fundador o fundadores disponen de unos bienes o de una parte de su patrimonio y manifiestan su voluntad de crear la fundación, y en caso de ser necesario, implica la posibilidad de transferencia del derecho real de propiedad que se radicará de manera exclusiva en cabeza de la nueva persona jurídica, es decir la Fundación.

Dentro de la manifestación de voluntad de creación de la nueva persona jurídica, el fundador o fundadores no podrán, en ningún evento, perseguir ni directa ni indirectamente retribución alguna por la dotación entregada a la fundación y deberá estar asistido por un vocación meramente altruista, es decir al igual que en el caso de las corporaciones o asociaciones el beneficio o utilidad común obtenido por la fundación deberá permanecer en ella y destinarse a la realización del objeto de beneficio común.

En la fundación no existen miembros ni asociados, los fundadores no conforman la entidad ésta tiene vida propia e independiente. Al igual que en el caso de las asociaciones y las corporaciones gozan de plena capacidad y por tanto pueden desarrollar toda clase de actividades, incluso mercantiles con el fin de incrementar su patrimonio y propender por su sostenimiento.

En el evento de encontrarse insuficiencias en la manifestación de voluntad del fundador o fundadores, o que se haya reservado la potestad que le otorga el artículo 650 del Código Civil Colombiano,[172] se deberá acudir directamente a él o ellos, para que precisen cual fue su intención.

En cuyo caso no lo haya hecho, o habiéndola reservado el fundador o fundador ya no existieren, deberá suplir dicha insuficiencia el Presidente de la Unión. Debe entenderse entonces que esta expresión normativa, se refiere al Presidente de la Republica conforme lo señala el artículo 189 numeral 26 de la Constitución Política.

En tal sentido, dicha competencia del ejecutivo nacional, se encuentra desarrollada mediante el marco normativo integrado por la Ley 22 de 1987, Art. 2º los Decretos Nacionales 432/88, Art. 1º y, 1318/88, Art. 1º, 1093/89, Art. 1º, 525 de 1990, Art. 20, fijando ésta atribución en cabeza del Señor

171 Consejo Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de febrero 12 de 996, Tema: Régimen Legal de las Fundaciones , acepta que parte del patrimonio, puede ser conformado por donaciones futuras

172 Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por lo estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a éste respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la Unión .

Alcalde Mayor de Bogotá D.C. quien a su vez, a través de los Decretos 059 de 1991, Art. 30, 854 de 2001, Art. 23 asignó ésta responsabilidad en la Secretaría Distrital de Educación, respecto de aquellas instituciones que tienen su domicilio en la ciudad.

1.2. Ahora bien, a manera de ilustración, y con el propósito de apoyar la respuesta a su solicitud, es necesario hacer unos breves comentarios al esquema de las personas jurídicas que regula el Código Civil Colombiano.

En efecto, las asociaciones y corporaciones gozan de rasgos comunes básicos tales como que pueden ser administradas en una forma colegiada, llámese junta directiva, una asamblea general, tener un revisor fiscal o un fiscal y se les permite hablar de miembros entre otras características. Por tales razones se dice que se trata de instituciones similares, pero, entre éstas y las fundaciones existen diferencias tales como:

1.2.1. Autonomía y heteronimia de la voluntad. Las asociaciones y fundaciones tienen como característica común la ausencia de ánimo de lucro, pero cada una de estas entidades revisten elementos propios que permiten su diferencia teniendo en cuenta la estructura y su régimen jurídico aplicable.

En este orden de ideas se dice que en la asociación aparece un elemento característico a la voluntad personal, unión de personas que de común acuerdo establece y realiza un fin colectivo. Por ello la voluntad de la asociación es autónoma.

En la fundación el elemento característico está dado por la voluntad de afectar un patrimonio para la consecución de una finalidad determinada y carece de sustrato personal.

La fundación existe independientemente de todo grupo de personas físicas, en el sentido de que generalmente las personas encargadas de dirigirlas no son las que las crearon, ni los beneficios derivados del cumplimiento del objeto social que se obtengan van a ser repartidos entre ellas. Los beneficios sin ánimo de lucro que produzca la fundación o institución de utilidad común, están destinados a personas determinadas e indeterminadas. Por ello se dice que la fundación es por su origen heterónoma, es decir, está sometida a un poder ajeno (voluntad del fundador) que impone ante una eventual forma de libre desarrollo de su naturaleza distinta a las reglas consagradas en el acto que la instituyó.

2.2.2. Elemento patrimonial. En las asociaciones la existencia de un patrimonio se deriva más de la condición de persona jurídica que ellas llegan a ostentar que de su condición asociativa; la existencia de bienes y rentas propias no es inherente al concepto mismo de asociación.

En cambio, por principio, la existencia de bienes propios corresponde a la naturaleza de las fundaciones, ello no es efecto simple de su eventual reconocimiento como personas jurídicas.

Por ello la existencia de bienes y rentas propios destinados a satisfacer la necesidad de interés general, constituido por el fundador, es presupuesto para la existencia como persona jurídica. De aquí que se exija un acta de aportes, elevada a escritura pública.[173]

En las asociaciones lo fundamental es el grupo de personas, en las fundaciones el patrimonio; tanto que según el propio Código Civil, si los bienes destinados a su manutención se destruyen, las fundaciones perecen (Art. 652 a.C.).

3.3.3. En el acto constitutivo. En las asociaciones o corporaciones, el conjunto de declaraciones de voluntad configuran un acto colectivo, en tanto que en las fundaciones, la voluntad constitutiva se integra generalmente en un acto unilateral del testador si la donación del fundador se dispone testamentariamente o del fundador que instituye la fundación disponiendo de parte de sus bienes para afectarlos a determinada finalidad de interés general.

1.2.4. En la estructura de la entidad. En la fundación, el grupo de individuos tiene como función poner en práctica, actuar la voluntad plasmada en el acto jurídico de fundación por el fundador o fundadores.

En la asociación o corporación, por el contrario, en el grupo de individuos actúa su propia voluntad.

Por lo anterior se dice, que mientras en la asociación la existencia de miembros es elemento esencial, en la fundación no existen miembros, pues en los individuos a ella vinculada no actúa su propia voluntad sino aquella determinada previamente por el fundador.

1.2.5. En el establecimiento y modificación de los estatutos. Los estatutos dictados por el creador o creadores de una fundación, tienen carácter permanente e inmodificable, salvo que sea necesario acomodarlos a las nuevas necesidades sociales o lleguen a ser incompatibles con el orden legal, y solamente el fundador o fundadores pueden hacer variaciones a ese objeto.

En la asociación o corporación, los estatutos son establecidos por los miembros de la misma, quienes pueden modificarlos en cualquier momento y circunstancia.

1.2.6. En cuanto a la vigencia estatal. La voluntad del fundador, que se impone desde fuera al conjunto de personas que administran una fundación, debe ser asegurada por el estado que vigila la consecución de la finalidad de interés general propuesta por el fundador.

La vigilancia estatal de las fundaciones tiene su origen en el artículo 189 numeral 26 de la Constitución Nacional.

En las corporaciones dado el sustrato sociológico que las informa, los miembros o asociados son los encargados de garantizar la observancia de las finalidades establecidas por ellos mismos.

1.2.7. En cuanto a la disolución. Las fundaciones se disuelven por la extinción de su patrimonio

173 Decreto Distrital 059 de 1991, Art.

o destrucción de los bienes destinados a su manutención, según el artículo 652 del Código Civil. Cuando se cancela la personería jurídica y cuando transcurridos dos años desde el reconocimiento o registro de la persona jurídica, no hayan iniciado sus actividades en tanto que las corporaciones se disuelven por las mismas causas y por voluntad de los asociados.

El Decreto Distrital 059 de 1991, artículo 30 dispone:

> *"LIQUIDADOR. Cuando la entidad decrete su disolución en ese mismo acto nombrará un liquidador, o en su defecto, lo será el último representante legal inscrito. Asi mismo, la entidad designará el liquidador cuando se decrete la cancelación de la personería jurídica; si no lo hiciere, lo será el último representante legal inscrito y a falta de éste la Administración Distrital lo designará."*

1.2.8. En cuanto a los órganos de administración. Las fundaciones no tienen asamblea general, sino consejo de fundadores y un revisor fiscal; las corporaciones sí tienen asamblea general y el órgano de fiscalización puede ser un revisor fiscal o un fiscal.

1.2.9. En cuanto a la naturaleza. Las fundaciones son instituciones de utilidad común, creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicio de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores.

Los alcances o fines de las fundaciones, trascienden al beneficiario que se proyecta con carácter de un bien social. En la corporación puede que ello ocurra, pero también es jurídicamente factible que el beneficio social, pueda contraerse a los asociados, a un gremio, a un grupo social

2. CONCEPTO.

Con fundamento en el anterior análisis debemos precisarle que la manifestación de voluntad de creación de la nueva persona jurídica plasmada por el fundador o fundadores, es la regla que se debe aplicar para todos los efectos que impliquen el cumplimiento de su objeto social. Cualquier modificación debe provenir solamente de la voluntad que la instituyó.

Ahora bien, en caso de encontrarse insuficiencias en la manifestación de voluntad del fundador o fundadores, se deberá acudir a éste mismo para que haga saber el contenido esencial de su voluntad y determinar cual fue su intención. En la circunstancia de que no lo haya hecho, o habiéndosela reservado, o que el fundador o fundador ya no existieren, deberá suplir dicha insuficiencia el Presidente de la República.

Tal como lo hemos observado, conforme lo señala el artículo 189 numeral 26 de la Constitución Política, es potestad del ejecutivo nacional velar por que se cumpla la voluntad del fundador y fundadores, y que se cumplan la conservación de las rentas y sean debidamente aplicadas.

En tal sentido, dicha competencia del ejecutivo nacional, se encuentra desarrollada mediante el

marco normativo integrado por la Ley 22 de 1987, Art. 2º los Decretos Nacionales 432, Art. 1º, 1318, Art. 1º de 1988, 1093, Art. 1º de 1989, 525 de 1990, Art. 20, fijando ésta atribución en cabeza del Señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C. quien a su vez, a través de los Decretos 059 de 1991, Art. 30, 854 de 2001, Art. 23 asignó ésta responsabilidad en la Secretaría Distrital de Educación, respecto de aquellas instituciones que tienen su domicilio en la ciudad.

De tal forma, que en el caso sometido en examen, independientemente del querer subjetivo del Consejo de Fundadores, u órgano directivo que haya sido instituido para administrar al ente, no esté de acuerdo con un determinado liquidador, deberá en primer lugar, darse aplicación a lo que esté consagrado en los Estatutos constitutivos del organismo.

En segundo lugar, si lo allí establecido no es suficiente, se puede acudir a la interpretación directa de la voluntad de los fundadores, si estos existieren, quienes en el evento de expresarse señalando una solución diferente a lo instituido inicialmente, deberán suscribir entonces, el documento que modifique en lo pertinente a las reglas sociales originales.

En complemento, si el anterior procedimiento no se pudiere cumplir, corresponde a la Secretaría de Educación señalar directamente lo pertinente mediante acto administrativo teniendo en cuenta que es la autoridad administrativa encargada finalmente de acuerdo al esquema jurídico antes expuesto, de ejecutar las funciones de inspección y vigilancia, tanto porque lo establecido en el mencionado Decreto 059 de 1991, artículo 30[174] así lo señala, como porque se infiere de ésta norma, que el Alcalde Mayor reguló de manera oportuna, la forma en que se debe cumplir lo dicho por el Artículo 650 del Código Civil Colombiano, cuando le corresponde suplir la voluntad del fundador o fundadores entrantándose de señalar reglas que rigen su voluntad cuando las hubieren manifestado incompletamente.

Finalmente, en virtud de lo expuesto, consideramos que el presente documento atiende los interrogantes que se plantean en su comunicación, señalándole que en el evento de que requiera complementación o mayor información ésta Dirección estará en completa disposición para atenderla de conformidad.

Cordialmente,

MANUEL AVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia de Información Doctora Elelvina Ruiz García
Subdirectora de Personas Jurídicas

Proyectó: Orlando Corredor Torres
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

174 Concordante con el Decreto Distrital No 854 de 2002, art. 23

DERECHO DISCIPLINARIO

Radicado de salida 2-2007-25696 17/05/07

Bogotá D.C.,

Doctora

EDNA CRISTINA BONILLA SEBÁ

Secretaria de Hábitat

Carrera 10 No. 27-51. Interior 150 – Piso 24

Bogotá

Asunto: Concepto sobre la competencia para adelantar dos procesos disciplinarios, que se iniciaron en el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, hoy Secretaría del Ambiente y se trasladaron a la Secretaría de Hábitat.

Radicación No. 1-2007-19243

Cordial saludo doctora Bonilla:

En la comunicación del 25 de abril de 2007, se solicita concepto para establecer si la Secretaría del Hábitat debe continuar con dos procesos disciplinarios que en su momento los inició el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, hoy Secretaría de Ambiente. Ese traslado de procesos disciplinarios obedece a que la Subdirección de Control de Vivienda se trasladó a la Secretaría Distrital de Hábitat, con la denominación Dirección de Inspección Vigilancia y Control de Vivienda y que los eventos investigados ocurrieron en la dependencia que fue trasladada.

Marco legal

- Ley 734 de 2002 o Código Único Disciplinario

"Artículo 1°. Titularidad de la potestad disciplinaria. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria."

"Artículo 2°. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta."

"**Artículo 7°**. Efecto general inmediato de las normas procesales. La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine."

"**Artículo 67**. Ejercicio de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura; la Superintendencia de Notariado y Registro; los personeros distritales y municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la presente ley".

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

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

"**Artículo 75**. Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros. (...)"

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

"**Artículo 172**. Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones. La sanción impuesta se hará efectiva por:

1. El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito.

2. Los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.

3. El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.

4. Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas.

5. El representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales.

6. Los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos.

7. La Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas.

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación".

- Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, "Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones"

"**Artículo 120.** Efectos. Para todos los efectos, las actuaciones administrativas adelantadas con anterioridad a la vigencia del presente Acuerdo por los organismos o entidades distritales que cambian su denominación, se entenderán realizadas a nombre del nuevo organismo o entidad."

- Decreto 561 de 2006, "Por el cual se establece la estructura organizacional de la Secretaría Distrital de Ambiente, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", en su parte considerativa, señala:

"Que en el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, la Subdirección de Control de Vivienda venía cumpliendo funciones sobre el desarrollo y ejecución de los planes, programas y acciones de prevención y de control concurrente de los proyectos urbanísticos y de las actividades de anuncio, captación de recursos, enajenación y arrendamiento de vivienda, que desarrollan las personas naturales y jurídicas que adelanten planes de vivienda en Bogotá, D.C.

Que como consecuencia de lo anterior, se hace necesario suprimir de la estructura de la Secretaría de Ambiente, la Subdirección de Control de Vivienda, con las Gerencias de Prevención y de Investigaciones cuyas funciones serán asumidas por la Secretaría Distrital del Hábitat.

Que como consecuencia del traslado de las mencionadas funciones, se hace necesario determinar la estructura organizacional que le permita a la Secretaría Distrital de Ambiente su adecuado funcionamiento."

Lo anterior, se refleja en la estructura en la que ya no aparece la Subdirección de Control de Vivienda.

- Decreto 571 de 2006, "Por el cual se adopta la estructura interna de la Secretaría del Hábitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá DC. y se dictan otras disposiciones", en su artículo 22, señala la incorporación a la Secretaría de Hábitat de una dependencia equivalente a la Subdirección de Control de Vivienda, que antes pertenecía al Departamento Administrativo del Medio Ambiente, hoy Secretaría del Ambiente. Texto que se cita a continuación:

"ARTÍCULO 22º. **Dirección Distrital De Inspección, Vigilancia Y Control De Vivienda.** Son funciones de la Dirección Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda, las siguientes:

a. Asesorar al Secretario de Hábitat en la formulación de las políticas, planes y programas de prevención, inspección, vigilancia y control, de las actividades de anuncio, captación de recursos, enajenación y arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda en la jurisdicción del Distrito Capital.

b. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control de las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades de anuncio, captación de recursos, enajenación y arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda con el objeto de prevenir, mantener o preservar el derecho a la vivienda digna, al patrimonio y al orden público, de conformidad con lo dispuesto por la ley 66 de 1968, los decretos leyes 2610 de 1979 y 078 de 1987, el Decreto 2391 de 1989, la Resolución 044 de 1990 de la Superintendencia de Sociedades, Ley 820 de 2003, en concordancia con las leyes 9 de 1.989, 3 de 1991 y 388 y 400 de 1997, los acuerdos Distritales 6 de 1990 y 79 de 2003, el Decreto 190 de 2004 y las disposiciones que lo modifiquen, complementen o adicionen.

c. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control de las personas naturales y jurídicas que adelanten planes y programas de vivienda por los sistemas de autogestión o participación comunitaria, así como de las transferencias del dominio de las soluciones de vivienda resultantes de los mismos, conforme a las normas y procedimientos establecidos sobre la materia. (...)"

CONCEPTO

El presente concepto se rinde en virtud de la facultad de "absolver consultas jurídicas formuladas por (...) las demás entidades distritales", otorgada a la Subdirección de Conceptos en el literal d) del artículo 21 del Decreto Distrital 094 de 2006

El Decreto Distrital 561 de 2006 hace referencia a la supresión de la Subdirección de Control de Vivienda de la estructura administrativa de la Secretaría del Ambiente, antes Departamento Administrativo del Medio Ambiente y, a su turno el Decreto 571 de 2006 incorpora a la estructura administrativa de la Secretaría del Hábitat una dependencia denominada Dirección Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda, para cumplir funciones similares a las que tenía la Subdirección suprimida, ahora ubicada en una entidad más acorde con los sectores propuestos en el Acuerdo 257 de 2006.

En la práctica se estableció que los integrantes de la Subdirección de Control y Vivienda pasaron a formar parte de la planta de personal de la Secretaría del Hábitat en la Dirección Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda.

En adición a lo anterior, téngase en cuenta que el artículo 2° de la Ley 734 de 2002 señala que las Oficinas de Control Disciplinario conocerán "asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias" y el artículo 75 de la misma ley que corresponde a las entidades públicas "disciplinar a sus servidores o miembros".

A su turno los artículos 67, 76 y 172 de la misma Ley señalan la competencia de las oficinas de control disciplinario de cada entidad y del nominador para juzgar disciplinariamente a sus servidores públicos.

En consonancia con las normas señaladas, se recuerda que la competencia es uno de los elementos de la validez de los actos administrativos, que está determinada por mandato de la ley y permite a un funcionario o a un órgano ejercer determinada facultad, por tanto ese elemento debe tenerse en cuenta para determinar la competencia disciplinaria.

Por tanto, el traslado de la dependencia a una entidad distrital diferente y la incorporación de los servidores públicos que allí laboraban a la planta de personal de la dependencia trasladada, significa un traslado de competencia de todos los asuntos, incluyendo la materia disciplinaria, debido a que la oficina de control interno disciplinario de una entidad pública sólo está llamada a investigar a los servidores públicos que conforman su planta de personal.

Ahora bien, en aplicación del artículo 7° de la Ley 734 de 2002, se entiende que las normas procesales rigen de inmediato y el traslado de la competencia en el caso que nos ocupa se produjo con la entrada en vigencia los Decretos 561 y 571, ambos de 2006, esto es, a partir del 29 de diciembre de 2006. Por ende, fue pertinente el traslado efectuado por la Secretaría de Ambiente los dos expedientes de los procesos disciplinarios relacionados con hechos y personas de la dependencia trasladada a la Secretaría del Hábitat.

Téngase en cuenta que, la Secretaría del Ambiente, mediante Auto No. 19 del 22 de marzo de 2007, trasladó el proceso disciplinario 043/2006 a la Secretaría del Hábitat. Este proceso se adelanta contra el señor Néstor Francisco Hernández, Subdirector de de Control de Vivienda, por la pérdida de un computador portátil Dell Placa 4352 y que revisados los antecedentes, se verifica que la declaración juramentada del investigado fue última actuación adelantada, que se realizó el 20 de noviembre de 2006.

De igual forma, la Secretaría del Ambiente, mediante Auto 08 del 9 de marzo de 2007, trasladó el expediente No. 055/06 a la Secretaría del Hábitat, que se adelanta contra investigado en averiguación, por la pérdida de una grabadora portátil y una Agenda Palm Sistema GPS PC IPACK línea

HX4700, con placa de inventario DAMA 5670. Dentro de los antecedentes se verifica que la última actuación adelantada fue la declaración juramentada de Eva Letty Valencia, Gerente de Prevención de la Subdirección de Control de Vivienda, realizada el 5 de octubre de 2006.

En el contexto explicado, se aclara que esta Dirección comparte la decisión adoptada por la Secretaría del Ambiente de expedir el Auto No. 8 del 9 de marzo de 2007 y el Auto No. 19 del 22 del marzo del mismo año, con el objeto de trasladar los expedientes de procesos disciplinarios No. 043/2006 y No. 055/2006 a la Secretaría del Hábitat. En el mismo sentido, se señala que ni en los antecedentes ni en el escrito de la Secretaría de Hábitat se observa argumento alguno que conduzca a una opinión contraria.

Por todo lo anterior y en respuesta a su solicitud de concepto, es preciso que el Grupo de Trabajo de Control Disciplinario de la Secretaría de Hábitat prosiga con los procesos disciplinarios a los cuales dio traslado la Secretaría del Ambiente.

Cordial saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Copia de información: Wilmar Darío González Buriticá.
Jefe Oficina de Control Disciplinario.
Secretaría General
Edna Patricia Rangel Barragán
Subsecretaria General
Secretaría Distrital del Ambiente

Proyectó: Sandra Mejía García
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-27639 29/05/07
Bogotá, D.C.

Doctor
MIGUEL ANTONIO CORTÉS
Director General
ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ
Calle 39 BIS No. 14 – 57
Ciudad

Asunto: Solicitud de concepto y aclaración de dudas. Radicación: 1-2007-12610 y 1 -2007 - 16739

Respetado Dr. Cortés:

Hemos recibido la comunicación del asunto, mediante la cual se solicita precisar algunos aspectos del Concepto con radicado 1 – 2006 – 24044, dirigido al Contador General de Bogotá y donde se trató el tema de competencias de las oficinas de control interno disciplinario para ordenar como medida accesoria el resarcimiento del daño patrimonial al Estado.

La petición realizada por su Despacho, se fundamenta en que la Orquesta Filarmónica de Bogotá se encuentra actualmente adelantando unos procesos disciplinarios contra las personas que intervenían en el proceso de liquidación de incapacidades en la Unidad de Recursos Humanos, toda vez que con posterioridad a la expedición del Decreto 1919 de 2002[175] y la Circular 01 de 2002[176], del Departamento Administrativo de la Función Pública, tales funcionarios pagaron incapacidades en un 100% de su valor y no en un 75%[177] tal y como lo establecen la Ley 100 de

175 Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial

176 Relacionada con Aplicación de Decreto No. 1919 del 27 de agosto de 2002

177 Debe aclararse que el mencionado 75% que se menciona en la solicitud de concepto no es en estricto sentido la cantidad expresada, pues la norma aplicable hace referencia a que el monto de la prestación económica a que tiene derecho el trabajador en virtud de la incapacidad causada por enfermedad no profesional, será liquidada sobre las 2/3 partes del salario que devengue el empleado, es decir un 66%. Al respecto el Decreto 1848 de 1969 señala: **Artículo 9º**.- Prestaciones. En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras (2/3) partes de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare (Subrayado y Negrilla fuera de texto).

1993[178], artículo 206, el Decreto 3135 de 1968[179], el Decreto Reglamentario 1848 de 1969 artículo 9[180], Decreto 1045 de 1978[181], Decreto 1295 de 1994 artículo7[182] y la Ley 776 de 2002[183] artículos 1 a 3, normas encargadas de regular las prestaciones asistenciales y económicas de los empleados en materia de salud.

De igual forma señala su escrito que las incapacidades temporales por enfermedad, antes de la expedición del Decreto 1919 de 2002 se pagaban en un 100% de su valor, con base en la cláusula 24 de la convención colectiva de 1996[184], monto que debió dejar de aplicarse cuando entró en vigencia el mencionado Decreto.

Índica el documento por Usted remitido que su duda parte de las directrices del concepto 1 – 2006 – 24044, en el cual frente a la pregunta: ***c) Cuál es el documento idóneo para hincar la gestión de cobro para resarcir el daño patrimonial al Estado cuando el causante no es considerado gestor fiscal, en los términos de la Ley 610 de 2000?,*** la Dirección Jurídica Distrital Respondió:

> *Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, y que la pérdida, deterioro o daño de los bienes públicos da lugar a la acción disciplinaria con fundamento en los artículos 34 numeral 21,35 numerales 1 y 13, y 48 numerales 1 y 3, de la Ley*

178 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones . Artículo 206 Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto .

179 Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales .

180 Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968 Artículo 9: Prestaciones. En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones: a) Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras (2/3) partes de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario .

181 Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional .

182 Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales". Artículo 7 Prestaciones económicas. Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones económicas: a) Subsidio por incapacidad temporal; b) Indemnización por incapacidad permanente parcial; c) Pensión de Invalidez; d) Pensión de sobrevivientes; y, e) Auxilio funerario .

183 Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

184 CLÁUSULA VIGECIMO CUARTA.- INCAPACIDADES MÉDICAS: La Orquesta continuará pagando la totalidad de las incapacidades médicas expedidas o convalidadas por la Institución o Entidad Prestadora del Servicio de Salud (I.P.S o E.P.S) donde se encuentre afiliado el trabajador .

> *734 de 2001, se estima que la decisión de la Oficina de Control Interno Disciplinario, que determine la responsabilidad del "no gestor fiscal" será el documento soporte con base en el cual la administración podrá iniciar la correspondiente actuación administrativa, que eventualmente podría culminar con la jurisdicción coactiva (por ejemplo el reconocimiento de la obligación clara, expresa y exigible que provenga del deudor) y/o judicial, se exija al obligado la reparación del daño causado; en tratándose de conductas constitutivas de delito, previa solicitud expresa de la entidad afectada dentro del proceso penal, será el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado el soporte para iniciar inmediatamente el incidente de reparación integral".(subrayado y negrilla fuera de texto).*

En tal sentido, cómo interrogantes del concepto por Usted solicitado se plantean:

a) Puede buscarse el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado, descontando del salario del empleado público los valores pagados de más al liquidar una incapacidad por enfermedad?

b) Depende el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado del resultado del proceso disciplinario iniciado contra quienes liquidaron la incapacidad por enfermedad?

c) Cuales son las vías que tiene la administración para obtener el resarcimiento del daño patrimonial causado?

En tal sentido, la situación fáctica planteada en el caso objeto de concepto, es la existencia de un detrimento patrimonial como consecuencia de la liquidación de incapacidades por enfermedad que fueron efectuadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 1919 de 2002, por la unidad de recursos humanos de la Orquesta Filarmónica, pago que se realizó en montos superiores a los establecidos en la ley. Cómo actividades relacionadas con los hechos descritos, la entidad inició la acción Disciplinaria contra las personas encargadas de realizar los pagos de las incapacidades, la cual no ha concluido y no ha instaurado ninguna otra acción.

Para dar respuesta a su petición me permito manifestarle lo siguiente:

III. LA ACCIÓN DISCIPLINARIA:

a) Objeto de la Acción Disciplinaria:

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), la investigación Disciplinaria tiene por objeto:

> *"verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado".*

b) Sujetos de la Acción Disciplinaria:

Sobre el particular señala el artículo 25 del Código Disciplinario Único:

"Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria".

De igual forma, se refiere a los destinatarios de la acción Disciplinaria el artículo 53 del Código Disciplinario único cuando indica:

> "Artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.
>
> Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva".

c) Comportamiento que da lugar a Responsabilidad Disciplinaria

En relación con el comportamiento que puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria el artículo 27 de la Ley 734 de 2002 establece:

"Artículo 27. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

d) Función de la sanción Disciplinaria.

Señala el artículo 16 del Código Disciplinario único que la función de la sanción disciplinaria es preventiva y correctiva, a fin de garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución Política, la Ley y los tratados internacionales.

e) Definición de las sanciones.

LA Ley 734 de 2002, señaló en el artículo 45 las sanciones que pueden ser impuestas al disciplinado así:

> *"Artículo 45. Definición de las sanciones.*
>
> *1. La destitución e inhabilidad general implica:*
>
> *a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o*
>
> *b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o*
>
> *c) La terminación del contrato de trabajo, y*
>
> *d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.*
>
> *2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.*
>
> *3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.*
>
> *4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida".*

f) Principio de legalidad en el proceso disciplinario.

Frente al particular, el artículo 4 del Código Disciplinario Único señala:

> *Artículo 4°. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.*

g) Prescripción de la Acción Disciplinaria.

Sobre el término para iniciar la acción disciplinaria, la Ley 734 de 2002 indicó:

> *"Artículo 30. Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.*

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código."

IV. ACCIÓN DE LESIVIDAD:

La acción de lesividad[185] fue consagrada en el artículo 136 No. 7 del Código Contencioso Administrativo que señaló: "Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años contados a partir del día siguiente de su expedición".

Cabe anotar, que dicho término de caducidad es diferente al señalado para la acción de simple nulidad, que podrá ejercerse en cualquier tiempo, y en el caso de la nulidad y restablecimiento del derecho, intentada por la administración, se prevé un plazo de 2 años contados a partir del día siguiente a la expedición del acto que se demanda. Así las cosas, el código contencioso administrativo previó términos diferentes dependiendo de si quien demanda el acto administrativo es el particular o la misma administración.

En tal sentido, la acción de lesividad consiste básicamente en la posibilidad que tiene la Administración de demandar sus propios actos, en razón a que los mismos son ilegales o van en contra del orden jurídico vigente.

En tal sentido, así la administración se encuentre imposibilitada para revocar o modificar los actos administrativos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas sin el consentimiento del afectado (artículo 73 C. C. A.), dicha acción le permite que en defensa del interés público y del orden jurídico y ante la existencia de actos que vulneren este último, demande sus propios actos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

185 La Corte Constitucional en la Sentencia T 382 de 1995, al referirse a la figura de la revocatoria directa y la prohibición expresa del artículo 73 del C.C.A, se refirió a la acción de lesividad como la última opción de la administración para revocar sus propios actos cuando no es posible obtener el consentimiento del beneficiario de un acto particular. Señaló el alto Tribunal:

(...) Revisemos para los efectos del presente análisis la figura de la revocación, como facultad propia de la administración para dejar sin efectos un acto administrativo de contenido particular pero que de manera alguna puede vulnerar derechos subjetivos adquiridos. Debe establecerse desde ya que esta posibilidad dada a la administración establece determinados limites, por cuanto debe la administración respetarlos y seguir unas reglas señaladas por el legislador.

En el estudio del artículo 73 del C.C.A., el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 6 de mayo de 1992 expresó:

"De manera pues, que si para lograr la expedición de un acto administrativo que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en ese caso opera el mandato contenido en el artículo 69 del C.C.A., según el cual "Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores..." porque indudablemente se da la primera de las causales que dan lugar a la revocatoria directa. A juicio de la Sala, esta interpretación consulta los principios constitucionales y además constituye una especie de sanción para quienes recurren a medios ilegales para obtener derechos.

Obviamente sólo en el caso de los actos provenientes del silencio administrativo positivo, cuando se dan las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A. y cuando el titular del derecho se ha valido de medios ilegales para obtener el acto, puede revocarse directamente sin su contenido expreso y escrito: no cabe este proceder, cuando la administración simplemente ha incurrido en error de hecho o de derecho, sin que tenga en ello participación el titular del derecho. En ese caso, estará obligada a demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo."

V. ACCIÓN FISCAL

a) Que es la Acción Fiscal?

El artículo 1 de la Ley 610 de 2000, al definir el proceso de responsabilidad fiscal señala:

> *Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.*

b) Objeto de la responsabilidad fiscal.

Indica la Ley 610 de 2000 en el artículo 4:

> *Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal*[186]. *La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*

c) Qué se considera daño patrimonial? Que conducta lo causa?

Al respecto, la Ley 610 de 2000 señala:

> *Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa*

186 A propósito de la Responsabilidad Fiscal la Corte Constitucional en la Sentencia C 054 de 1997 al referirse a ella señaló: Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (Parágrafo 81, Ley 42 de 1993). En efecto la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que puede corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de los perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la Sentencia C- 046/94 . (negrilla y cursiva fuera de texto)

o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

d) Caducidad y prescripción de la Acción fiscal

Sobre el particular, el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 indíca:

> *"Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública". (Subrayado y Negrilla fuera de texto).*

VI. RETENCIÓN, DEDUCCIÓN Y COMPENSACIÓN DE SALARIOS

En cuanto a la compensación, retención o deducción de salarios, las normas aplicables a los servidores públicos de la Orquesta Filarmónica de Bogotá señalan lo siguiente:

Artículo 12 Decreto 3135 de 1968:

> *"Artículo 12º.- "Deducciones y retenciones. Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.* (Subrayado y Negrilla fuera de texto).
>
> *No se puede cumplir la deducción ordenada por el empleado o trabajador cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.*

Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias de que trata el artículo 411 del Código Civil, y de las demás obligaciones que para la protección de la mujer o de los hijos establece la ley. En los demás casos, sólo es embargable la quinta parte del exceso del respectivo salario mínimo legal"

En el mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969 indíca:

"Artículo 93º.- Descuentos prohibidos. Queda prohibido a los habilitados, cajeros y pagadores, deducir suma alguna de los salarios que corresponden a los empleados oficiales.

Dichas deducciones solo podrán efectuarse en los siguientes casos:

a) Cuando exista un mandamiento judicial que así lo ordene en cada caso particular, con indicación precisa de la cantidad que debe retenerse y su destinación; y

b) Cuando lo autorice por escrito el empleado oficial para cada caso, a menos que la deducción afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario ordinario, casos estos en los cuales no podrá hacerse la deducción solicitada". (Subrayado y Negrilla fuera de texto).

Artículo 94º.- Deducciones permitidas. Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:

a. A cuotas sindicales, conforme a los trámites legales respectivos.

b. A los aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial.

c. A cubrir deudas y aportes a cooperativas de las cuales sea socio el empleado oficial, dentro de los límites legales.

d. A satisfacer el valor de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial, con sujeción a los procedimientos que regulen esta especie de sanción disciplinaria, y

e. A cubrir deudas de consumo contraídas con almacenes y servicios de las cajas de subsidio familiar, en la proporción establecida para las cooperativas". (Subrayado y Negrilla fuera de texto).

Con base en el marco normativo expuesto pueden concluirse varios aspectos relacionados con las inquietudes planteadas en la solicitud de aclaración dirigida a esta oficina.

En cuanto a la acción disciplinaria conforme al artículo 153 de la Ley 734 de 2002, el objeto de tal proceso es esclarecer los motivos determinantes en la conducta disciplinable, las circunstancias

de tiempo, modo y lugar en las que se comete la falta, el perjuicio causado a la administración y la responsabilidad disciplinaria.

De igual forma, es claro de acuerdo con el Código Disciplinario Único que los destinatarios de la ley disciplinaria (sin perjuicio de que existan otros) son los servidores públicos, así estos se encuentren retirados del servicio, y los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales o administren recursos del Estado.

Así mismo, en cuanto a las sanciones, el Código Disciplinario Único en el artículo 45 definió las mismas señalando solamente cuatro posibilidades: a) la Destitución e inhabilidad general; b) la suspensión; c) la multa y d) la amonestación escrita. Como se observa el estatuto disciplinario no previó como castigo a la conducta disciplinaria la devolución o restitución del bien afectado con la falta, lo que significa, que mediante este proceso no podrá obtenerse el resarcimiento del perjuicio económico causado.

En cuanto al principio de legalidad, este se encuentra consagrado expresamente como principio rector del proceso disciplinario en el artículo 4 de la Ley 734 de 2002, pues claramente se señaló que el servidor público y el particular solo pueden ser investigados y sancionados por comportamientos que estén descritos como falta en la Ley Disciplinaria. Tal circunstancia frente a la duda planteada implica que no podría vincularse dentro del proceso disciplinario a las personas que resultaron beneficiarias del pago de las incapacidades laborales, pues se estaría violando el principio de legalidad al pretender juzgarlas por faltas no descritas en la Ley. En tal sentido, debe entenderse que la compensación de las sumas supuestamente pagadas de más, es independiente de la acción Disciplinaria.

En relación con la prescripción de la acción disciplinaria, el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 señala que el término que tiene la administración para adelantar toda la investigación disciplinaria es en el caso de las faltas instantáneas, de cinco (5) años contados desde el día de su consumación y cuando se trata de faltas sucesivas, el mismo lapso de tiempo pero contado a partir de la realización del último acto. Lo anterior significa, que en aras de determinar una responsabilidad disciplinaria de quienes realizaron los pagos de las incapacidades en contravención a lo dispuesto por el Decreto Nacional 1919 de 2002 y la circular 01 del mismo año, los procesos contra tales personas debieron o deberán iniciarse y culminarse dentro de los cinco años siguientes a la comisión de tal falta.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la acción de lesividad, debe mencionarse que de cuerdo con las normas transcritas, esta es una posibilidad que tiene la administración para demandar sus propios actos, siempre que se considere que ellos son ilegales o contrarios al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, pese a la prohibición establecida en el artículo 73 del C.C.A., en relación con los actos de carácter particular y concreto, es dable a la administración demandar sus propios actos en la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la acción de lesividad, a fin de defender el interés

público y el orden jurídico vulnerados con su propio acto.

Teniendo en cuenta que la Unidad de Recursos Humanos de la Orquesta Filarmónica de Bogotá incurrió en error al hacer la liquidación de incapacidades por enfermedad sobre el 100% de su valor (contraviniendo las normas aplicables después de la expedición del Decreto 1919 de 2002), en el cual se parte de la idea que no existe participación del titular del derecho, la Orquesta Filarmónica de Bogotá, siempre y cuando se encuentre dentro del término de caducidad de dos (2) previstos para la acción de lesividad, podrá hacer uso de esta figura jurídica con el fin de atacar la firmeza de su propio acto y de esta forma lograr la restitución de los dineros pagados en contravención a normas legales.

En lo que respecta a la acción fiscal, de conformidad con las normas mencionadas en la primera parte de este documento, es claro que son sujetos de la misma quienes durante el ejercicio de su gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión, en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado.

A diferencia de la acción disciplinaria, la acción fiscal es el instrumento que tiene la administración para perseguir el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de las conductas dolosas o culposas de sus gestores fiscales[187], lo cual se realiza mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compensa el perjuicio sufrido por la entidad estatal.

En tal sentido, siempre que la administración sufra un perjuicio patrimonial como consecuencia de la acción u omisión de alguno de sus gestores fiscales, deberá informar tal circunstancia a la Contraloría correspondiente a fin de que ésta dé inicio al proceso de responsabilidad fiscal.

En relación con la duda planteada, un instrumento para el resarcimiento del daño patrimonial que haya sufrido la Orquesta Filarmónica de Bogotá con ocasión de los pagos de compensaciones en montos superiores a los establecidos en la ley, lo constituye la acción de responsabilidad fiscal, la cual debió o deberá iniciarse, dentro de los cinco (5) años[188] siguientes a la fecha en que se cometió el hecho que generó daño al patrimonio, en contra de quienes realizaron los pagos.

En relación con la compensación, retención y deducción de salarios, de acuerdo con las normas laborales aplicables a los servidores públicos de la Orquesta filarmónica de Bogotá, las cuales son incluso señaladas en el escrito mediante el cual se solicita concepto a ésta Secretaría, está

187 Se entiende por gestión fiscal, el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a las adecuadas y correctas adquisiciones, planeación, conservación, administración custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, el manejo y la inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado y atendiendo a los principios de gestión fiscal. **Tomado del Concepto 2- 2006 - 25547 sobre Competencias de oficinas de control interno disciplinario para ordenar como medida accesoria el resarcimiento del daño patrimonial al Estado**

188 Cabe aclarar que el sentido del artículo 9 de la Ley 610 de 2000, es el de consagrar la caducidad de la acción fiscal si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho que produce el daño al patrimonio, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

prohibido realizar deducciones de los salarios que correspondan a los trabajadores, salvo que exista mandamiento judicial que así lo ordene, o si el empleado oficial lo autoriza por escrito, en este caso, siempre que no se afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.

Aunado a lo anterior, como descuentos permitidos, el artículo 94 del Decreto 1849 de 1969 señala taxativamente los siguientes: cuotas sindicales, aportes a la entidad de previsión social a la cual está afiliado el empleado, deudas o aportes a cooperativas de las cuales es socio el empleado oficial, sumas para satisfacer el valor de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial y cifras destinadas a cubrir deudas de consumo contraídas con almacenes y servicios de las cajas de subsidio familiar.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la situación descrita por la Orquesta Filarmónica (sumas pagadas de más por liquidación de incapacidad por enfermedad) no hace parte de la lista de descuentos que de manera taxativa ha sido señalada en la ley, el camino que frente a la recuperación de sumas de dinero pagadas de más debe seguir la administración, es intentar la deducción de dichas sumas de los salarios de los beneficiarios de las incapacidades, siempre y cuando estos autoricen expresamente tal descuento[189], de lo contrario no podrá acudirse a esta vía y no quedará más remedio a la entidad que intentar como ya se dijo, la acción de lesividad o la acción fiscal siempre que aún se esté dentro del término de caducidad previsto para cada una.

Ahora bien, en relación con la opción expuesta en el concepto con Radicado No. 1 - 2006 - 24044 / 2 - 2006 - 25547 de julio 4 de 2006, en esa oportunidad el mencionado documento, señaló:

> *"c) Cuál es el documento idóneo para iniciar la gestión de cobro para resarcir el daño patrimonial al Estado cuando el causante no es considerado gestor fiscal, en los términos de la Ley 610 de 2000?*
>
> *Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, y que la pérdida, deterioro o daño de los bienes públicos da lugar a la acción disciplinaria con fundamento en los artículos 34 numeral 21,35 numerales 1 y 13, y 48 numerales 1 y 3, de la Ley 734 de 2001, se estima que la decisión de la Oficina de Control Interno Disciplinario, que determine la responsabilidad del "no gestor fiscal" será el documento soporte con base en el cual la administración podrá iniciar la correspondiente actuación administrativa, que eventualmente podría culminar con la jurisdicción coactiva (por ejemplo el reconocimiento de la obligación clara, expresa y exigible que provenga del deudor) y/o judicial, se exija al obligado la reparación del daño causado; en tratándose de conductas constitutivas de delito, previa solicitud expresa de la entidad afectada dentro del proceso penal, será el fallo que declara la responsa-*

189 Para el efecto, la entidad deberá enviar una comunicación al empleado haciéndole saber la situación irregular y los montos que fueron cancelados de más.

bilidad penal del acusado el soporte para iniciar inmediatamente el incidente de reparación integral".

Como se observa, el aparte trascrito se refiere a la posibilidad de tomar como base para la reclamación del daño patrimonial causado, el resultado del proceso disciplinario seguido en contra de un "no gestor fiscal[190]", lo cual implica el desarrollo de una actuación administrativa que puede concluir con la reclamación de las sumas debidas, sin que esto signifique que para iniciar la reclamación de dineros ante la jurisdicción coactiva, la administración tenga que esperar el resultado de la acción Disciplinaria o que ésta sea requisito sine qua non para iniciar aquella.

Debe aclararse que en aquella oportunidad la situación fáctica planteada en el concepto al que se hace referencia en esta solicitud, era de carácter general y obedeció básicamente a la necesidad que tenía la Dirección de Contabilidad del Distrito, de conocer la forma de recuperar su cartera, sin que de manera alguna se planteara la posibilidad de no poder iniciar el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado mientras no se obtuviera un resultado dentro del proceso disciplinario. Nótese como la respuesta dada a la pregunta formulada en el literal c) del concepto dado a la Dirección de contabilidad hace referencia al deterioro o pérdida de bienes públicos, lo cual en ese caso particular, ameritaba el inicio de una investigación disciplinaria en contra de un "no gestor fiscal", siendo el objeto de la pregunta simplemente conocer el documento idóneo para iniciar la reclamación del daño patrimonial.

Así las cosas, lo que entonces se dijo frente al escenario descrito, fue que en el caso donde exista fallo disciplinario que determine la responsabilidad del "no gestor fiscal", dicha decisión constituirá el documento idóneo para que la entidad dé inicio a la reclamación del daño causado, actividad que se llevará a cabo mediante una actuación administrativa consistente en requerir al funcionario[191] para hacerle saber su obligación de restituir las sumas o bienes cuya pérdida originaron tal investigación, lo cual de manera eventual podría terminar en una reclamación ante la jurisdicción coactiva.

190 La definición de no Gestor Fiscal puede extraerse de la sentencia C- 840 de 2001, en la cual al hacerse referencia a lo que sí es gestión fiscal se señaló: *"La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición.* Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que haliándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. *La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificado"* (Negrilla y Subrayado fuera de texto). Así las cosas, debe entenderse que quien no tiene poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado, es decir, quien no tiene la titularidad jurídica para manejar fondos o bienes del Estado, no posee la calidad de gestor fiscal.

191 Cabe aclarar en este punto, que el requerimiento en comento deberá comunicarse de la misma forma establecida en el Código Contencioso Administrativo para adelantar el proceso de notificaciones y en caso de que el notificado no se allane a restituir, debe procederse a constituir un título ejecutivo mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado donde se establezca la obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor (no gestor fiscal), para que una vez notificado, sea el instrumento que sirva para iniciar el cobro ante la jurisdicción coactiva.

Por su parte, en relación con los hechos que motivan este concepto, debe tenerse en cuenta que la persona que recibe los mayores valores como consecuencia de la liquidación de una incapacidad es un "no gestor fiscal", pero dicha posición no lo hace estar incurso en alguna de las causales establecidas en la Ley 734 de 2002 como falta disciplinaria, razón por la cual, estos beneficiarios no podrán ser investigados disciplinariamente. Dicho de otra forma, en el caso planteado por la Orquesta Filarmónica no habrá un fallo disciplinario que determine responsabilidad alguna del "no gestor fiscal" que a su vez pueda servir como documento soporte para que la administración inicie la correspondiente actuación administrativa.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la solución planteada en el concepto arriba trascrito, se considera que la administración en este caso, tiene la posibilidad de requerir al beneficiario de la liquidación para que se allane a restituir las sumas que le fueron pagadas de más, y en caso de que se niegue, podrá dar inicio a la acción de lesividad demandando su propio acto. Lo anterior sin perjuicio de que también se busque el resarcimiento del daño patrimonial mediante la acción de responsabilidad fiscal ante el o los funcionarios encargados de liquidar y pagar las incapacidades por enfermedad.

Respecto de las inquietudes especificas planteadas en su comunicación, le manifiesto:

a) Puede buscarse el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado, descontando del salario del empleado público los valores pagados de más al liquidar una incapacidad por enfermedad?

Teniendo en cuenta las disposiciones transcritas en la parte inicial de este documento, es claro que de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 3135 de 1968, y los artículos 93 y 94 del Decreto 1848 de 1969, está prohibido efectuar cualquier descuento al empleado público, salvo las excepciones taxativamente consagradas en la norma, si existe mandamiento judicial que ordene la deducción o si el empleado oficial autoriza por escrito el descuento, siempre y cuando no se afecte el salario mínimo legal o el salario inembargable.

En tal sentido, una de las opciones que tiene la entidad en torno a la recuperación de los mayores valores pagados, puede ser intentar la deducción de dichas sumas de los salarios de los beneficiarios de las incapacidades, siempre y cuando estos autoricen expresamente tal descuento. Para el efecto, la entidad deberá enviar una comunicación al empleado haciéndole saber la situación a la que se hace mención y los montos que fueron cancelados de más.

b) Depende el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado del resultado del proceso disciplinario iniciado contra quienes liquidaron la incapacidad por enfermedad?

En cuanto a los resultados del proceso disciplinario, debe señalarse que la acción disciplinaria es independiente de la reclamación que se haga al beneficiario de la liquidación de incapacidad, máxime si se toma en cuenta que éste último al recibir las sumas pagadas de más no ha incurrido en falta

disciplinaria de acuerdo con la ley 734 de 2002. Aunado a lo anterior, es claro que en el texto del nuevo Código Disciplinario Único no se encuentra contemplada como sanción la posibilidad de ordenar la devolución, la restitución o la reparación del bien afectado con la conducta que genera la falta.

Cabe anotar en este punto, que el hecho de que en la situación fáctica presentada por la Orquesta Filarmónica de Bogotá, no exista un fallo disciplinario o investigación de este tipo en contra del "no gestor fiscal", es decir, en contra del beneficiario de la liquidación, no significa que la administración no pueda dar inicio a una actuación administrativa donde se cobren los mayores valores pagados y se constituya en deudor al mencionado beneficiario.

Ahora bien, si se persigue el resarcimiento del daño patrimonial frente a las personas que realizaron la liquidación de las incapacidades, debe aclararse que para que se inicie la acción fiscal, la administración no tiene que esperar el resultado de la acción Disciplinaria porque ésta es independiente de aquella, es decir, no constituye requisito sine qua non para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.

c) Cuales son las vías que tiene la administración para obtener el resarcimiento del daño patrimonial causado?

Si a quien se cobra el exceso es al beneficiario de las incapacidades, puede la entidad intentar el descuento de tales sumas del salario siempre y cuando este sea autorizado por el mencionado beneficiario, o hacer el requerimiento a estas personas para que se allanen a restituir lo pagado de más.

Por el contrario, si se reclaman los mayores valores a quienes intervenían en el proceso de liquidación de las incapacidades, la entidad además de la acción disciplinaria (que ya inició) debió o debe iniciar el proceso de responsabilidad fiscal, tendiente a obtener el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado.

Como solución adicional y en caso de que no hayan trascurrido dos (2) años contados a partir del acto administrativo mediante el cual se concedieron los pagos de las incapacidades, la entidad debe o debió demandar mediante la acción de lesividad su propio acto, pues aunque se trate de un acto que crea situaciones particulares y concretas, se considera por la Orquesta Filarmónica, que es contrario al ordenamiento jurídico vigente.

CONCLUSIONES:

1. La acción Disciplinaria de acuerdo con la ley 734 de 2002, no contempla como sanción accesoria la posibilidad de ordenar la devolución, la restitución o la reparación del bien afectado con la conducta que genera la falta.

2. El inicio y el desarrollo del proceso disciplinario, no constituye requisito sine qua non para que se intente el resarcimiento del daño patrimonial causado al Estado, por otras vías como la acción fiscal y la acción de lesividad.

3. Las soluciones que puede adoptar la Orquesta Filarmónica frente a la situación fáctica planteada son:

- Si se persigue al Beneficiario de la Incapacidad: a) Descontar con autorización del empleado la suma pagada de más.
- Por iniciativa de la administración: a) Acción de lesividad para demandar su propio acto, toda vez que lo considera contrario al ordenamiento jurídico vigente.
- Si se persigue a los encargados de liquidar las incapacidades: a) Debe iniciarse acción de responsabilidad fiscal para obtener el resarcimiento del daño patrimonial causado con su actuación.

En los anteriores términos se absuelve la consulta planteada, quedando atentos a cualquier solicitud de aclaración sobre el particular.

Cordial saludo,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

Proyectó: Rosmira Gómez
Revisó: Manuel Ávila Olarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

Radicado de salida 2-2007-45385 22/08/07
Bogotá D.C

Doctora
EDNA PATRICIA RANGEL BARRAGÁN
Subsecretaria General
Secretaría Distrital de Ambiente
Ciudad

ASUNTO: Concepto sobre aplicación de normatividad disciplinaria. Radicado No. 3-2007-17724 y 1-2007-28975.

Respetada doctora Rangel.

En atención a su solicitud del asunto, acerca de la aplicación de normas disciplinarias sobre los efectos de los artículos 91, 139 y 109 del Código Disciplinario Único, y los efectos que generan estos durante la actuación disciplinaria, en relación tanto con los sujetos procesales como con los terceros ajenos al mismo, se deben entrar a hacer las siguientes consideraciones.

1. Problema Fáctico.

Se ha identificado por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente que se presentan algunos vacíos, y aparentes incongruencias normativas al interior de la Ley 734 del 2002, actual Código Disciplinario, por lo cual allega solicitud de concepto a la presente Dirección con el fin de que se unifiquen los lineamientos de hermenéutica jurídica en que deben interpretarse las normas señaladas para dar curso ordinario y atento a la aplicación de la ley, en especial tratándose de actuaciones que giran en torno a un derecho fundamental como lo es el debido proceso.

Debe señalarse que la Dirección no cuenta con los antecedentes especiales para pronunciarse sobre un caso en particular sobre algún proceso previamente identificado. Sin embargo, independientemente a esto, la Dirección Jurídica considera procedente realizar, de modo general, las siguientes valoraciones respecto a las competencias nacionales que se encuentran señaladas en la ley, sobre la materia.

2. Problema de derecho.

Las siguientes consideraciones se realizan con el fin de precisar el alcance que la normatividad consagrada en el Código Disciplinario Único (en adelante C.D.U) tiene en: i) la materia concerniente al trámite de la

notificación en las investigaciones disciplinarias, ii) las condiciones que se consagran para la imposición de la multa a particulares que actúan en calidad de testigos y iii) la notificación de las actuaciones procesales a los quejosos en los procesos disciplinarios; todo esto, a la luz de los pronunciamiento de la doctrina, la normatividad penal y la jurisprudencia complementaria de estas, que resultan aplicables al caso como guía interpretativa y aclaratoria de las lagunas y vacíos que puedan surgir dentro de los lineamientos que para los particulares y las autoridades públicas fija el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

Es de apreciar que en la consulta se formulan diversos interrogantes que hacen parte de materias y fundamentos jurídicos diversos dentro de la misma normatividad disciplinaria, por lo tanto, se procurará proferir respuesta a cada uno de estos de manera independiente, hilvanando las posibles conclusiones conjuntas que pueda resultar de la apreciación de las normas bajo estudio.

3. Tramite de la notificación en las investigaciones disciplinarias.

3.1. Debido proceso disciplinario. Cumplimiento de la etapa de notificación durante la investigación disciplinaria.

Al realizar la interpretación del inciso tercero del artículo 91 del C.D.U, referente al surtimiento de la etapa de notificación de la apertura de la investigación disciplinaria al investigado, se realiza la siguiente apreciación por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente, sobre el alcance que podría tener dicha norma, y sobre la cual se formularán posteriores apreciaciones por parte de esta Dirección Jurídica:

> *"En este orden, se presenta que en algunas actuaciones de apertura a indagación preliminar o investigación disciplinaria, hay pluralidad de sujetos disciplinables, quienes en ocasiones responden de diversos modos a la citación de notificación (...)*
>
> *Sobre estos comportamiento tan disímiles, ¿debe esperarse hasta que todos los sujetos disciplinables estén debidamente notificados y enterados de las pruebas que se van a surtir dentro de la actuación?, o conforme lo dispone el artículo 91, debe entenderse que el proceso de la notificación y la práctica de las pruebas cursan simultáneamente, sin condenar las actuaciones sucesivas a la notificación a una nulidad por no estas todos los sujetos disciplinables debidamente notificados."*

El régimen legal que señala las instancias y mecanismos de notificación aplicables a las actuaciones disciplinarias es el consagrado en el capítulo segundo, del Título V sobre la actuación procesal, del C.D.U.

El tramite de la notificación, bajo una perspectiva general de acuerdo a los postulados elaborados por la doctrina, ha sido considerado como una instancia necesaria de garantía para los sujetos

procesales y terceros ajenos al proceso, y es el fundamento que en toda fase inicial de la actuación procesal garantiza e incide sobre el derecho a la defensa.

Sobre esto señala Benjamín Perdomo Sarmiento, lo siguiente:

> " (E)l principio de publicidad establecido en el artículo 209 Constitucional, desarrollado en los artículos 3 y 15 del código contencioso administrativo, consagra el derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica (...)"[192]

Para el caso es de apreciar que el mismo Código, en su artículo 101, fija de manera expresa que la notificación de la apertura de indagación preliminar, a la que se refiere la consulta, debe surtirse mediante la notificación personal:

> "**Artículo 101. Notificación personal.** Se notificarán personalmente los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el pliego de cargos y el fallo."

Sin embargo es de notorio conocimiento que no siempre resulta posible por situaciones aleatorias a las partes o por el interés en algunos casos de desconocer y desatender los mandatos de la ley, realizar la notificación personal. Ante esto es de apreciar que la ley, y en especial la ley disciplinaria, no es ajena a esta realidad.

En el caso en que no resulte procedente o efectiva la notificación personal del auto de apertura de la indagación preliminar, se debe proceder por la autoridad competente a la aplicación del artículo 107 de la misma normatividad. En este se comenta:

> "Artículo 107. Notificación por edicto. Los autos que deciden la apertura de indagación preliminar e investigación y fallos que no pudieren notificarse personalmente se notificarán por edicto." (Subrayas agregadas).

Esto significa, interpretando las normas de manera sistemática, que si en el transcurso de una investigación con pluralidad de sujetos solo puede surtirse la notificación personal con uno o algunos de los investigados, el tramite subsidiario que prevé la ley para surtir la notificación del o de los demás investigados se debe remitir al procedimiento especial que consagra el artículo 107 del C.D.U.

Siendo así, posteriormente a los ocho (8) días que señala la norma, a partir del envió de la citación y el presunto sujeto disciplinable no ha comparecido en el respectivo despacho o ante el

192 *Notificaciones y recursos disciplinarios.* En: Lecciones de Derecho disciplinario Vol. I. Procuraduría General de la Nación. Instituto de estudios del Ministerio Público. Pág. 199. Benjamín Perdomo es Asesor del Despacho del Procurador General. Coordinador Grupo de Asesores en Presupuesto, Regalías y Salud.

funcionario competente, se fijará el edicto por el término de tres (3) días, con lo cual se entenderá perfeccionada el trámite de la notificación.

En este caso, al haberse procedido mediante la notificación por edicto de manera supletoria a la notificación personal, se debe entender que la referencia que consagra el artículo 91 del C.D.U resulta igualmente aplicable. Por ende, si durante el tramite de la notificación por edicto, no comparece a darse como notificado el o las personas presuntamente disciplinables, no se suspende el termino que se señala para la etapa probatoria, pues se entiende que se ha dado tramite efectivo y legal a la debida notificación, así todavía existan sujetos ausentes al proceso.

Bajo este lineamiento, las pruebas que se practiquen durante estos términos de notificación, y la persona o personas presuntamente implicadas se presenten dentro de los mismos términos que autoriza la ley, podrán hacer la solicitud a la que se refiere la parte final del inciso tercero del artículo 91 ibíd, pues esta norma tiene como finalidad proteger el derecho a la defensa y contradicción que se derivan del debido proceso[193].

Las personas que por el contrario, durante la apertura a indagación preliminar o los investigados dentro de la apertura de investigación, no se han sujeto a los mandatos y términos perentorios que consagra la ley para el perfeccionamiento de la notificación, trátese de la personal o en su debido caso, la actuación por edicto, no cuentan con la oportunidad procesal para solicitar la ampliación o reiteración de las pruebas ya practicadas, puesto que esta conducta consagraría una actuación dilatoria de los términos procesales, lo cual resulta ser una afrenta directa a los mandatos del principio de legalidad sobre el cual circunda el fundamento del debido proceso[194] al que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política.

3.2 Declaración de persona ausente.

Sin embargo, el objeto de la consulta sobre la interpretación y el valor jurídico con el que cuentan las normas disciplinarias mencionadas obliga a la presente Dirección a extender su análisis a otras normas que resultan complementarias a la duda existente. Se encuentra, siguiendo los lineamientos planteados, que la solución al conflicto jurídico no termina con la definición del trámite adecuado de definición del mecanismo de notificación a aplicar, una vez ha sido improcedente la notificación personal.

193 Sobre la relevancia del derecho a la defensa como elemento constituyente del debido proceso desde la perspectiva del derecho penal, pero que resulta aplicable a todo tipo de actuación, nos dicen lo siguiente Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett en su obra: El derecho a la defensa es el núcleo esencial, por así decirlo, esencialísimo del debido proceso. El debido proceso integra en su núcleo esencial varias garantías, las cuales carecerán de sentido y eficacia si en el proceso no se brinda la posibilidad de ejercer la defensa. Sin ella, el proceso no sería más que una parodia y un ritual sancionatorio . *El Proceso Penal* Tomo I. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 5ª edición. 2004. Pág. 371.

194 Ibíd Pág. 385.

En este caso resulta procedente analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al realizar un estudio de constitucionalidad sobre artículos de la normatividad procesal penal que se encuentran en la Ley 600 de 1999, además que su referencia a la figura de la persona ausente, y sus garantías procesales, resulta de alta utilidad ante el silencio que se haya en la norma disciplinaria, por eso la razón de su cita in extenso.

> "La declaración de persona ausente no puede ser la decisión subsiguiente al primer fracaso en encontrar al procesado, pues tal como lo consagra el mismo artículo 356, acusado, sólo es posible vincular penalmente a una persona ausente "cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria". Actuar de manera distinta comporta la nulidad de las actuaciones por violación del derecho de defensa. (...)
>
> "3) Para una real garantía del derecho de defensa, el mismo artículo 356 dispone un requisito que debe cumplirse al tiempo con la declaración de persona ausente, cual es el deber de la autoridad judicial competente de designar un defensor de oficio que represente al procesado con el fin de que se le garantice el respeto de sus derechos constitucionales y legales, mediante el ejercicio de todas las facultades estatuidas para ello, a saber: solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen en contra, presentar alegaciones, impugnar las decisiones que le sean adversas, etc. (...)
>
> Es de destacar que la búsqueda del procesado para efectos de informarle sobre la existencia del proceso no se agota con la declaración de persona ausente. Este mecanismo que permite nombrar o designar un defensor que represente al procesado ausente y con él adelantar el proceso, no sustituye la obligación permanente del funcionario judicial de continuar la búsqueda cuando del material probatorio recaudado en el curso de la investigación se hallen nuevos datos que permitan la ubicación del procesado, evento en el cual se debe proceder a comunicarle, en forma inmediata, la existencia del mismo, so pena de vulnerar el derecho de defensa del afectado. (...)
>
> La norma protege el derecho a la libertad de la persona ausente, quien a pesar de no comparecer al proceso goza de los mismos beneficios procesales, como la libertad provisional, concedidos al procesado que esté presente. (...)
>
> En síntesis, la declaración de persona ausente es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella

el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, como lo pretende el actor, sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa."[195] (Énfasis añadido).

De aquí se sigue que las personas implicadas al proceso cuentan con un mecanismo de defensa que, particularmente, opera aún estando ausentes. Esta figura es conocida como el reo ausente, o en términos procesales más propios, declaratoria de persona ausente.

Esta situación procesal se configura cuando, después que se ha practicado la notificación por edicto, y esta no ha surtido sus efectos en los términos que señala el artículo 107 del C.D.U y bajo los parámetros planteados, la autoridad disciplinaria con el fin de emitir los autos de apertura de indagación preliminar o la apertura de investigación deberá, amparado en los términos del artículo 17[196] del mismo Código, juzgar como persona ausente al procesado y por lo tanto realizar las actuaciones posteriores a través del apoderado judicial, quien deberá actuar como representante del investigado ausente.

Así bien, interpretando armónica e integralmente los artículos 14, 17, 91, 101 y 107, es de entenderse que la posibilidad a la que se refiere el artículo 91 en su inciso tercero, por el principio de favorabilidad al que se refiere la ley disciplinaria y bajo los postulados que comprenden el derecho a la defensa técnica de todo sindicado a la luz del debido proceso, es extensible al abogado o defensor que sea nombrado de oficio o no, quien será el que actuará como representante del sindicado, el solicitar la ampliación o reiteración de la practica de las pruebas consumadas durante

195 Extracto de la sentencia C-320 de 1997 M.P: Alejandro Martínez C., citada por la sentencia C-100 del 11 de febrero del 2003 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Los autores citados sobre eslo hacen las siguiente precisiones: De otra parte, si bien nuestros sistema de procedimiento penal acepta que se procese a una persona en su ausencia, posibilidad que encuentra plena aceptación a la luz del ordenamiento constitucional (C-488/96), ello requiere que dentro del proceso los derechos e intereses del ausente estén representados por un abogado defensor que aporte y controvierta pruebas e impugne las decisiones judiciales. En fin, que actúe con suma diligencia, lo cual implica que el abogado responde hasta por culpa levísima, correspondiente al nivel de experto, pues está representado los inlereses de personas que, además de ver comprometida su libertad individual, no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismas sus derechos. Bernal y Montealegre Op. Cit. Pág. 374-375.

196 **Artículo 17.** Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente. (cursiva añadida).

el tramite, en el caso fallido de la notificación. Por este medio se hacen efectivos los instrumentos que consagra la ley para realizar una defensa adecuada y eficiente, en el sentido de procurar controvertir, legítimamente, los argumentos esbozados para desvirtuar su presunta inocencia. Muestra de esto es la referencia que trae el artículo 138 del C.D.U:

> "**Oportunidad para controvertir la prueba.** Los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria."

Acceso a la actuación que puede configurar con su presencia directa al mismo proceso o mediante el representante que de oficio le sea designado.

4. Multa contra particulares en calidad de testigos.

4.1 La multa como título ejecutivo. Existencia de una laguna jurídica

Por otra parte surge a la Subsecretaria General de la Secretaría de Ambiente la duda respecto a la normatividad aplicable al testigo que se muestra renuente al pago o cancelación de la multa impuesta, básicamente al dar aplicación al artículo 139 del Código Disciplinario.

Después de realizar una lectura integral del artículo 139 del C.D.U, tanto por la Subsecretaria General de la Secretaría de Ambiente, como por la presente Dirección, referente esta al testigo renuente, surge con claridad el fundamento que encuentra la consultante para realizar el interrogante, ya que la norma presenta un vacío al respecto, puesto que una vez ejecutoriada la multa no se señala el plazo del que dispone el testigo multado, ante la condición de ser un testigo renuente, para cancelarla.

La anterior conclusión y es en la que se apoya la solicitud de la consulta, encuentra su razón de ser en que se hace palpable una omisión del legislador para señalar el termino especifico en que el particular sancionado cuenta para pagar la misma a la administración. Esta situación se conoce por la teoría general del derecho como una laguna jurídica. Esto es, el reflejo de la imposibilidad en la que se encuentra el legislador para prever todos los supuestos de hecho que se pueden presentar de manera futura a la expedición de la ley, y que, de manera voluntaria o involuntaria, no han quedado regulados en la normatividad especial.[197]

En este punto se hace necesario recurrir al artículo 8 de la ley 153 de 1887[198], ya referido, puesto que este, dentro del espíritu aclaratorio de la ley, vista desde una perspectiva integradora, se propone resolver las imprecisiones, incongruencias y vacíos que presentaba el ordenamiento jurídico colombiano desde aquel entonces. Una manera de hacerlo, y es la primera que se denota

197 Noguera Laborde, Rodrigo. Introducción general al Derecho Vol. II. Ed Universidad Sergio Arboleda. 2ª edición. Bogotá. 1996. Pág. 81 y ss.

198 Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes (...).

en el mismo artículo (aunque no estamos diciendo con esta que sea la más importante, pues más bien consideramos que cada una de ellas es complementaria de la otra entre si) es la figura de la analogía de la ley.

La analogía *"que también se llama razonamiento a pari o a simili, consiste en aplicar a un caso dado no previsto en la ley una norma expedida para un supuesto de hecho distinto, pero que tiene semenjanza con aquel. Así, la norma dictada para el caso constituido por los elementos A y B puede aplicarse al caso constituido con los elementos A, B y C, dada la semejanza que habría entre éste y aquél"*[199]

Siendo así resulta pertinente recurrir a una norma que llena el vació jurídico que se halla en el artículo 139. Esta remisión, para el caso particular, se hace procedente al interior del mismo C.D.U pues esta norma prevé de manera general y en un título especial, las condiciones en que se hará procedente la ejecución, términos y cobro de las sanciones que se encuentran referidas o enunciadas en la normatividad disciplinaria.

Estos supuestos se encuentran en el Título X del Libro IV denominado Procedimiento Disciplinario; libro que contiene a la vez tanto a las normas referentes a las multas como al artículo 139 que se halla bajo el título de Pruebas, de lo cual se sobreentiende que ambos títulos están regulando materias o aspectos que dan curso al interior del proceso disciplinario, por lo tanto cuentan con una unidad de materia.

Por esto, el vacío que se vislumbra sobre el término con el que cuenta el particular para cancelar el valor de la multa es el de treinta (30) días que se encuentra en el inciso 4 del artículo 173 de la Ley 734 del 2002. Así lo dice la norma:

> "**Artículo 173.** Pago y plazo de la multa. (...).
>
> Si el sancionado fuere un particular, deberá cancelar la multa a favor del Tesoro Nacional, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la decisión que la impuso, y presentar la constancia de dicho pago a la Procuraduría General de la Nación. (...)" (Subrayas agregadas).

En este orden de ideas es también este artículo el que resuelve la discusión sobre ante quien debe remitirse para su cobro, puesto que los incisos quinto y sexto de manera inmediata reseñan:

> "Cuando no hubiere sido cancelada dentro del plazo señalado, corresponde a la jurisdicción coactiva del Ministerio de Hacienda adelantar el trámite procesal para hacerla efectiva. Realizado lo anterior, el funcionario de la jurisdicción coactiva informará sobre su pago a la Procuraduría General de la Nación, para el registro correspondiente.

199 Noguera. Op. Cit. Pág. 90. Cursiva agregada.

En cualquiera de los casos anteriores, cuando se presente mora en el pago de la multa, el moroso deberá cancelar el monto de la misma con los correspondientes intereses comerciales."

En el caso en que la multa no sea cancelada el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el autorizado por la ley para adelantar el cobro coactivo de la misma, en este caso por el hecho que se está en presencia del incumplimiento de un particular sobre el cual ninguna otra entidad pública tiene una relación directa que la habilite para adelantar dicha actuación. Así bien dicho título coactivo, como una de las especies de título ejecutivo a la luz del concepto genérico que consagra el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil[200] y la mención particular y especial del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo[201], deberá ser remitido por la entidad disciplinaria una vez corrido este plazo de 30 días sin que se haya presentado el pago voluntario, y de manera inmediata, al Ministerio de Hacienda para el trámite correspondiente.

5. Actuaciones procesales de los quejosos en los procesos disciplinarios

5.1 Comunicación de la apertura de investigación preliminar.

Finalmente la consultante considera que no existe claridad respecto a los derechos con los que cuenta el quejoso durante el proceso, puesto que la normatividad disciplinaria no señala si a este le deben ser notificadas las actuaciones procesales que se surten para dar inicio a la etapa de indagación preliminar y a la investigación disciplinaria.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en consonancia con las normas analizadas, resulta definitivo que el quejoso no se considera un sujeto procesal[202] por regla general, por lo tanto no se puede considerar como una obligación legal para la autoridad disciplinaria notificar al quejoso sobre las decisiones de apertura a indagación preliminar o de apertura de investigación, pues este no se considera parte dentro de la investigación.

200 Art. 488 C.P.C. **Títulos ejecutivos.** Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contenciosos-administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia. (&)

201 Art. 68 C.C.A. Prestarán merito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

1.Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma liquida de dinero, en los casos previstos en la ley. (&).

Recuérdese que para la aplicación de la normatividad de los procedimientos administrativos en materia disciplinaria se encuentra el sustento del artículo 21 del C.D.U que se refiere a la aplicación de principios e integración normativa.

202 Art. 90. C.D.U. Parágrafo. La intervención del quejoso se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio.

"De acuerdo con lo expuesto, al quejoso no le asiste la calidad de sujeto procesal, pues se trata de la persona que pone en movimiento el aparato administrativo o judicial del Estado con miras a la investigación de una falta disciplinaria y la sanción de los responsables. De allí que sus facultades de intervención en el proceso sean limitadas pues si bien puede presentar la queja, ampliarla, aportar pruebas y recurrir la decisión de archivo de las diligencias y el fallo absolutorio, no está legitimada para otras intervenciones procesales como las de solicitar pruebas, recurrir las decisiones que se profieran en el proceso, distintas a las ya indicadas, y solicitar la revocatoria directa del fallo."

Por esto mientras persista la diferencia entre la condición de sujeto procesal, por una parte, e intervinientes, por otro, no pueden llegar a confundirse las atribuciones que tienen los primeros con las limitaciones que tienen los segundos, puesto que la ley tiene su razón en diferenciar estas dos figuras como lo es la reserva de las actuaciones que se surten durante la investigación, además de la existencia al derecho, de los verdaderos sujetos procesales, a un proceso sin dilaciones injustificadas.

Tan solo existe un caso, hasta ahora identificado por la jurisprudencia, en el que se hace procedente dar un trato jurídico similar al quejoso, sin que por esto pierda su condición de interviniente en el proceso o se convierta en una parte del mismo. Es el caso en que la conducta disciplinable se configura como una falta gravísima que conjuntamente causa una violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y por lo tanto se genera una afrenta contra los bienes jurídicos tutelados por la ley disciplinaria y por las normas del derecho internacional, por lo cual el quejoso adquiere la condición de victima[203]. Así se entiende que las decisiones que se comunican o notifican al implicado, como lo es el auto de apertura a indagación preliminar o el de apertura de investigación, deben comunicarse igualmente a las victimas[204].

Bajo este entendimiento resulta claro que no se configura ni puede derivarse de la lectura de ninguna norma que la autoridad disciplinaria se encuentre en la obligación de notificar las actuaciones que se surten durante el proceso a quien actúa por fuera de este en condición de quejoso del mismo. Esto es tan así que el C.D.U en su artículo 90, tan solo le confiere al quejoso la posibilidad de recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio, si se encuentra ante la presencia de pruebas contundentes que permitan desvirtuar alguna de estas decisiones.

203 Sentencia C-014 del 2004 M.P: Jaime Córdoba Triviño. Fundamento No. 10.

204 Por lo tanto se debe proceder a realizar la notificación, de manera excepcional, al quejoso de los autos de apertura a indagación o de investigación si se considera que puede ser víctima de una conducta lesiva, que por sus condiciones comprende una falta disciplinaria gravísima porque además atenta contra las normas de los D.D.H.H o el D.I.H. Véase Sentencia C-014 Ibíd, fundamento. No. 8: Por todo ello, cuando se trata de faltas disciplinarias constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la situación en que se hallan las personas afectadas es muy diferente de aquella en que se encuentra el particular que, en calidad de quejoso, promueve una investigación disciplinaria, pues aquellas no solo están alentadas por el interés que le asiste a cualquier ciudadano para que se imponga una sanción al infractor de la ley disciplinaria, sino que, además de ese genérico interés, en ellas concurre la calidad consecuente con el daño que sobrevino, de manera inescindible, a la comisión de la falta disciplinaria.

6. Conclusiones para los casos en concreto.

1. No se genera la condena de las actuaciones sucesivas a la notificación a que sean declaradas nulas, según los términos a los que se refiere el artículo 143 y siguientes del C.D.U, mientras que se haya surtido el tramite de la notificación personal y en el caso en que esta no se haya hecho viable, recurrir a la notificación por edicto para que si esta igualmente resulta ineficaz por la ausencia plena del investigado, proceder, por parte de la autoridad disciplinaria, a la declaratoria de la persona ausente y nombrar de oficio, en caso que no lo tenga, un apoderado judicial que actúe como representante del investigado, y será quien se encontrará facultado para realizar la defensa técnica y material del ausente.

   Esto significa que no es procedente esperar por parte de la autoridad a que el investigado se presente para seguir el tramite de la actuación disciplinaria, pues la misma ley prevé el tramite a seguir y los mecanismos alternativos para, en aplicación de un juicio de ponderación, se garantice entonces el principio de legalidad en el cual se debe surtir la actuación procesal, esto es, los términos que señala la norma, y por otro lado, velar por una tutela adecuada de un derecho fundamental como lo es el debido proceso que se debe adelantar bajo toda actuación judicial o administrativa. En caso que se presente extemporáneamente, la persona queda amparada a que se adelanten las actuaciones anteriormente reseñadas ya que quedara cubierto por el supuesto que se crea con la figura jurídica de la declaratoria de persona ausente.

2. El testigo particular que sea multado por la administración en ejercicio de la función disciplinaria cuenta con 30 días hábiles para el pago de la multa. De no realizarse el pago de manera voluntaria, el título ejecutivo constituido por el acto de la imposición de la multa, deberá ser remitido, al cumplirse estos 30 días, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que se ejecute el cobro coactivo.

3. No cabe la obligación durante la actuación disciplinaria que la autoridad notifique o informe al quejoso sobre la apertura a indagación preliminar o a la investigación, lo que no implica o imposibilita que de manera oficiosa el despacho al adelantar estas actuaciones realice la comunicación al quejoso, en similares condiciones a como sí lo debe hacer con las partes en el proceso.

Los anteriores condicionamientos, se considera, son ilustrativos de los temas y materias que son objeto de las inquietudes planteadas en el escrito de la referencia.

Atentamente,

MANUEL ÁVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

Proyectó: Ricardo Gómez Pinto
Revisó: MAO

PROPIEDAD HORIZONTAL

Radicado de salida 2-2007-34920 03/07/09
2-2007-50068 17/09/07

Bogotá DC,

Doctora
MARÍA CATERINE MATEUS ARANGO
Alcaldesa Local de Barrios Unidos
Ciudad.

Asunto. Su solicitud de concepto relacionado con el Conjunto Residencial Modelo II, Edificio 1ª, Torres A y B.

Radicado. 1-2007-35638, 1-2007-28388, 3-2007-21776

Cordial Saludo, Doctora María Caterine.

Mediante el documento del asunto, nos solicita concepto sobre hechos generados en virtud al proceso de registro y certificación de la persona jurídica denominada "CONJUNTO RESIDENCIAL MODELO II. EDIFICIO 1ª TORRES A y B" ubicado en la carrera 45 A No. 64 A 10 de ésta ciudad.

Para el efecto, expone que el día 10 de mayo de 2006, fue presentada ante su Despacho, solicitud de registro como Administrador, y certificación de existencia y representación legal de la mencionada copropiedad a favor de una persona que desempeña igualmente el cargo de Presidente del Consejo de Administración.

Para el efecto, menciona que el reglamento de propiedad del citado conjunto, establece que el Administrador es designado por la Asamblea General de Copropietarios, y que en ningún momento se hace referencia que sea el Presidente de Asamblea.

Igualmente, menciona que se han presentado solicitudes de los copropietarios por la no entrega de las actas, quienes han pedido a esa Alcaldía ordenar la respectiva entrega.

En consecuencia, formula las siguientes preguntas:

"1. El Presidente de la Asamblea General puede a su vez ejercer como Administrador y como presidente del Consejo de administración.

2. Que sanción se aplica al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 47 de la Ley 675 de 2001."

Previamente al pronunciamiento de fondo, y antes de atender los interrogantes planteados por su Despacho, efectuaremos las siguientes consideraciones.

1. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES.

1.1. PERSONALIDAD JURÍDICA. Con la expedición de la Ley 675 de 2001 se unificó toda la normatividad relacionada con los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, sin que con ella se hayan menoscabado situaciones jurídicas que la legislación anterior les otorgaba a las personas jurídicas surgidas al amparo de las normas anteriores.

En efecto, en cuanto a su personalidad jurídica se refiere, ésta deviene directamente de la ley, como así lo reconocían las existentes antes de expedirse la Ley 675 de 2001, las cuales consagraban que todos los inmuebles sometidos o que se sometan al régimen de propiedad horizontal, de conformidad con las Leyes 182 de 1948, 16 de 1985 ó 428 de 1998, conforman una persona jurídica, distinta de los dueños de unidades privadas, individualmente considerados.

Por su parte la Ley 675 de 2001, que como ya se indicó constituye el actual marco normativo sobre el régimen de propiedad horizontal, establece en el artículo 4º que para que un edificio o conjunto se someta a dicho régimen deberá hacerlo por escritura pública, la cual, debe inscribirse ante la Oficina de Registro de Instrumentos públicos. A partir de esta inscripción surge automáticamente la persona jurídica.

Ahora bien, cierto es que con la expedición de la Ley 675 de 2001 se derogaron expresamente las Leyes 182 de 1948, 16 de 1985 y 428 de 1998, pero ello no significa que se hayan modificado situaciones jurídicas consolidadas bajo las leyes anteriores, como es el caso de la personalidad jurídica, pues ello sería violatorio del principio universal de la irretroactividad de la ley. Es más, la nueva Ley señala expresamente en el artículo 86 que los edificios y conjuntos que se hallaban sometidos a los anteriores regímenes de propiedad horizontal, en adelante quedan sometidos a la nueva Ley, debiendo modificar en lo pertinente sus reglamentos para adecuarlos a la nueva legislación.

1.2. El otro aspecto a destacar consiste en que desde su regulación legal, el derecho de dominio sobre los bienes comunes nace directamente del derecho que adquirieron los propietarios de los bienes privados. Es decir, de la propiedad de los bienes privados deviene el derecho de dominio de los bienes comunes, con todas las consecuencias que ello significa. Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y pro indiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos.

1.3. Los reglamentos de propiedad horizontal deberán propender al establecimiento de relaciones pacíficas de cooperación y solidaridad social entre los copropietarios o tenedores. Las actuaciones de la asamblea o del consejo de administración, tendientes a la imposición de sanciones por incumplimiento de obligaciones no pecuniarias, deberán consultar el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción e impugnación.

La libre iniciativa empresarial[205] es característica básica que se debe contemplar en los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos de uso comercial o mixto, así como los integrantes de los órganos de administración correspondientes, deberán respetar el desarrollo de la libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común.

1.4. La norma[206] define al régimen de Propiedad Horizontal, como ..." Sistema jurídico que regula el sometimiento a propiedad horizontal de un edificio o conjunto, construido o por construirse.", el cual se encuentra regulado por un reglamento o estatuto que señala los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido a ese tratamiento.

El reglamento de propiedad horizontal deberá incluir las mínimas condiciones que la ley le permite, pero en ningún caso las disposiciones allí contenidas, podrán vulnerar las normas imperativas contenidas en la ley, y en tal caso, se entenderán no escritas.

1.5. Los órganos de dirección y administración de la persona jurídica son: la Asamblea General de propietarios, el Consejo de Administración, si lo hubiere, y el Administrador de edificio o conjunto.

La asamblea general está integrada por los propietarios de bienes privados, o sus representantes o delegados, reunidos con el quórum y condiciones previstas en la ley, y en el reglamento de propiedad horizontal. Todos los propietarios de bienes privados que integran el edificio o conjunto tendrán derecho a participar en sus deliberaciones y a votar en ella. El voto de cada propietario equivaldrá al porcentaje del coeficiente de copropiedad del respectivo bien privado.

Las decisiones adoptadas de acuerdo con las normas legales y reglamentarias, son de obligatorio cumplimiento para todos los propietarios, inclusive para los ausentes o disidentes, para el administrador y demás órganos, y en lo pertinente para los usuarios y ocupantes del edificio o conjunto.

La asamblea general de propietarios es el órgano de dirección de la persona jurídica que surge por mandato de esta ley, y tendrá entre otras funciones básicas las nombrar y remover libremente al administrador y a su suplente, cuando fuere el caso, para períodos determinados, y fijarle su remuneración.

205 Ley 675 de 2001, Art. 2º numeral 4o

206 Ley 675 de 2001, Art. 3o

Mientras el órgano competente no elija al administrador del edificio o conjunto, ejercerá como tal el propietario inicial, quien podrá contratar con un tercero tal gestión. Una vez se haya construido y enajenado un número de bienes privados que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad, cesará la gestión del propietario inicial como administrador provisional.

Cumplida la condición a que se ha hecho referencia, el propietario inicial deberá informarlo por escrito a todos los propietarios del edificio o conjunto, para que la asamblea se reúna y proceda a nombrar el administrador, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. De no hacerlo el propietario inicial nombrará al administrador definitivo.

1.6. El Consejo de Administración, será una institución obligatoria en los edificios o conjuntos de uso comercial o mixto, integrados por más de treinta (30) bienes privados excluyendo parqueaderos o depósitos, integrado por un número impar de tres (3) o más propietarios de las unidades privadas respectivas, o sus delegados. En aquellos que tengan un número igual o inferior a treinta (30) bienes privados, excluyendo parqueaderos y depósitos, será facultativo consagrar tal organismo en los reglamentos de propiedad horizontal.

Para edificios o conjuntos de uso residencial, integrados por más de treinta (30) bienes privados excluyendo parqueaderos o depósitos, será potestativo consagrar tal organismo en los reglamentos de propiedad horizontal.

1.7. Expresa la norma[207] que el Administrador del edificio o del conjunto, será el Representante Legal de la persona jurídica, nombrado por la asamblea general de propietarios en todos los edificios o conjuntos, salvo en aquellos casos en los que exista el consejo de administración, donde será elegido por dicho órgano, para el período previsto en el reglamento de copropiedad.

1.8. Impugnación de decisiones: El administrador, el Revisor Fiscal y los propietarios de bienes privados, podrán impugnar las decisiones de la asamblea general de propietarios, cuando no se ajusten a las prescripciones legales o al reglamento de la propiedad horizontal.

La impugnación sólo podrá intentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta, siendo aplicable en éste procedimiento las disposiciones consagradas en el artículo 194 del Código de Comercio. Estarán exceptuadas las decisiones de la asamblea general, por medio de las cuales se impongan sanciones por incumplimiento de obligaciones no pecuniarias, que se regirán por lo dispuesto en el Capítulo Segundo, del Título II de la presente ley.

1.9. Para la solución de los conflictos que se presenten entre los propietarios o tenedores del edificio o conjunto, o entre ellos y el administrador, el consejo de administración o cualquier otro órgano de dirección o control de la persona jurídica en razón de los derechos y obligaciones que

207 Ley 675 de 2001, artículo 50

establece la ley y el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de la competencia propia de las autoridades jurisdiccionales, se podrá acudir a:

- Comité de Convivencia. Cuando se presente una controversia que pueda surgir con ocasión de la vida en edificios de uso residencial, su solución se podrá intentar mediante la intervención de un comité de convivencia, el cual intentará presentar fórmulas de arreglo, orientadas a dirimir las controversias y a fortalecer las relaciones de vecindad. Las consideraciones de este comité se consignarán en un acta, suscrita por las partes y por los miembros del comité y la participación en él será Ad Honorem.
- Las partes podrán acudir, para la solución de conflictos, a los mecanismos alternos, de acuerdo con lo establecido en las normas legales que regulan la materia, especialmente en el Decreto 1818 de 1998, como son la conciliación, el arbitramento, y la amigable composición.
- Cuando se acuda a la autoridad jurisdiccional para resolver los conflictos en los cuales no fuese posible la solución extrajudicial, el trámite previsto es establecido en el Capítulo II del Título XXIII, artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, en procedimiento de única instancia ante juez municipal[208].

1.10. De otra parte, este Despacho considera oportuno comentarle, que en nuestro criterio, la relación con la competencia en los aspectos regístrales sobre aspectos de propiedad horizontal, ésta es restringida, de tal forma que la inspección y vigilancia de estas organizaciones no está bajo la órbita de competencia del ejecutivo Distrital.

La única función que otorgó la ley 675 de 2001 a las autoridades municipales y/o Distritales, es en materia de registro e inscripción, fijándole una competencia muy precisa así:

> *"**ARTÍCULO 8º**. Certificación sobre existencia y representación legal de la persona jurídica. La inscripción y posterior certificación sobre la existencia y representación legal de las personas jurídicas a las que alude esta ley, corresponden al Alcalde Municipal o Distrital del lugar de ubicación del edificio o conjunto, o a la persona o entidad en quien este delegue esta facultad.*
>
> *La inscripción se realizará mediante la presentación ante el funcionario o entidad competente de la escritura registrada de constitución del régimen de propiedad horizontal y los documentos que acrediten los nombramientos y aceptaciones de quienes ejerzan la representación legal y del revisor fiscal. También será objeto de inscripción la escritura de extinción de la propiedad horizontal, para efectos de certificar sobre el estado de liquidación de la persona jurídica.*
>
> *En ningún caso se podrán exigir trámites o requisitos adicionales."*

208 Art. 14, num. 4º C.P.C.

En virtud de la facultad legal que tiene las autoridades administrativas de desconcentrar funciones encaminadas a impulsar los principios administrativos de celeridad y eficacia en la atención ciudadana, en el Distrito Capital, el Señor Alcalde Mayor, mediante Decreto 854 de 2001, "Por el cual se delegan funciones del Alcalde Mayor y se precisan atribuciones propias de algunos empleados de la Administración Distrital", *TITULO VII, DELEGACIONES RELATIVAS A LAS LOCALIDADES, CAPITULO UNICO,* determinó:

> *"**ARTICULO 50.** Corresponderá a los Alcaldes Locales de Bogotá D.C. la inscripción y expedición de las certificaciones de existencia y representación legal de las personas jurídicas reguladas por la Ley 675 del 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal, sobre la constitución de edificios o conjuntos.*
>
> *Para el ejercicio de la función delegada, la competencia de los Alcaldes Locales se determinará respecto a los edificios o conjuntos que se encuentren ubicados dentro de la correspondiente jurisdicción territorial de cada localidad.*
>
> *La facultad delegada se desarrollará conforme con los requisitos fijados en el artículo 8 de la Ley 675 de 2001.*
>
> ***PARAGRAFO.**[209] Igualmente, le corresponderá a los Alcaldes Locales ordenar a los administradores la entrega de la copia de las actas de asamblea, cuando se niegue su entrega a los propietarios, so pena de aplicar las sanciones del caso, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 47 de la Ley 675 de 2001.*
>
> *Además, les compete dar trámite a todos los asuntos relacionados con el régimen de propiedad horizontal que dicha Ley, sus reformas o los decretos reglamentarios atribuyan al Alcalde Distrital."*

En efecto, por mandato de la Ley 675 de 2001 todas las discrepancias que surjan al interior de este tipo de personas jurídicas le corresponde solucionarlos a sus propias instancias, las cuales de conformidad con lo señalado en el artículo 36 de la misma, son la Asamblea General de Copropietarios, el Consejo de Administración, si lo hubiere, y el administrador, y de manera externa la justicia ordinaria.

1.12. En materia de competencia de las Autoridades de Policía entorno al Régimen de Propiedad Horizontal, la Corte Constitucional, ha dicho:[210]

> *"Pero es a las autoridades de policía a quienes corresponde intervenir a fin de conservar el orden público interno mediante la prevención y eliminación de las*

209 Adicionado por el Art. 3 del Decreto Distrital 192 de 2002.

210 Sentencia T-035/97, Expedientes T-107537 y T-107738, M.P. Hernando Herrera Vergara

perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas, a través de las acciones de amparo policivo destinadas en los casos de simple perturbación, a fin de evitar los disturbios al derecho de posesión o mera tenencia sobre un bien, o para restablecer y preservar la situación que existía al momento de efectuarse la perturbación en el evento de que se haya violado ese derecho y que impiden el uso y goce satisfactorio del bien (C.P., art.2, 125 y s.s.).

Por último, frente a la posibilidad de la vulneración de derechos fundamentales en virtud del ejercicio de los mismos en una copropiedad sujeta al régimen de propiedad horizontal, procederán entonces los mecanismos judiciales ordinarios de defensa; la formulación de la acción de tutela será exclusivamente excepcional. En lo que a las decisiones de las autoridades de policía se refiere, se tendrán los mecanismos de defensa contemplados en las normas de policía, y solamente procederá la acción de tutela cuando aquellas configuren una vía de hecho o produzcan un agravio constitucional irreparable."

De acuerdo a lo expuesto, debe señalarse dentro de un contexto de interpretación literal de la norma en relación con el tema de su consulta, que los preceptos de la ley 675 de 2001 expresan directrices bien definidas sobre la competencia para nombrar al Administrador, en sus disposiciones es reiterativa sobre la atribución principal y subsidiaria para fin.

En efecto, se observa cómo el artículo 38 regula que la Asamblea General, es un organismo integrado por propietarios que constituyen la máxima autoridad de dirección de la persona jurídica, y tiene entre otras funciones básicas, la de..."*Nombrar y remover libremente al administrador y a su suplente cuando fuere el caso, para períodos determinados,...*"

Más adelante expresa en el artículo 50, que el Administrador del edificio o del conjunto, será el Representante Legal de la persona jurídica, insistiendo en que su nombramiento lo hará Asamblea General de propietarios en todos los edificios o conjuntos, salvo en aquellos casos en los que exista el Consejo de Administración, donde será elegido por dicho órgano.

Por lo tanto, se puede concluir que la competencia nominadora primaria la tiene la Asamblea General, y subsidiariamente cuando exista Consejo de Administración, será éste el organismo competente para su designación.

2. RESPUESTAS.

PRIMERA PREGUNTA:

"1. El Presidente de la Asamblea General puede a su vez ejercer como Administrador y como presidente del Consejo de administración."

RESPUESTA: De acuerdo a lo expuesto, debe señalarse dentro de un contexto de interpretación literal de la norma en relación con el tema de su consulta, que los preceptos de la ley 675 de 2001 expresan directrices bien definidas sobre la potestad nominadora del Administrador, en sus disposiciones es reiterativa sobre la competencia principal y subsidiaria para fin.

Se observa, cómo en el artículo 38 de la citada norma, se dispone que la Asamblea General esta integrada por propietarios en su condición de máximo órgano de dirección de la persona jurídica, y entre otras funciones, tiene la de..."Nombrar y remover libremente al administrador y a su suplente cuando fuere el caso, para períodos determinados,..."

Más adelante expresa en el artículo 50, que el Administrador del edificio o del conjunto, será el Representante Legal de la persona jurídica, insistiendo en que su nombramiento lo hará Asamblea General de propietarios en todos los edificios o conjuntos, salvo en aquellos casos en los que exista el Consejo de Administración, donde será elegido por dicho órgano.

Por lo tanto, se puede concluir inicialmente que la competencia nominadora primaria la tiene la Asamblea General, y subsidiariamente cuando exista Consejo de Administración, será éste el organismo competente para su designación.

Del interrogante planteado, se infiere que su Despacho tiene duda en establecer si el ejercicio de los cargos de Presidente de Asamblea General,[211] y el de Presidente del Consejo de Administración, son incompatibles con el de Administrador del respectivo conjunto residencial.

Al respecto, nos parece oportuno hacer mención a lo dicho por la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del artículo 50 de la Ley 675, [212]cuando expresó:

> "4.3. Ahora, si bien no es admisible el símil argumentativo que esgrime el demandante, para invocar la inconstitucionalidad de la expresión acusada, en el sentido que el administrador de una copropiedad cumple la misma función de los funcionarios de elección popular, como alcaldes y gobernadores, pues como lo advierte el Procurador General la elección de dichos dignatarios corresponde a un diseño de orden constitucional, en el cual es la propia Carta Política la que expresamente dispone cuáles cargos de dirección política y administrativa deben ser provistos mediante el ejercicio del sufragio, dada la relevancia de la organización territorial en el esquema constitucional que rige desde 1991, resulta importante precisar que la Ley 675 de 2001 en ninguna de sus disposiciones prohíbe la elección de propietarios de bienes inmuebles que conforman una copropiedad, como adminis-

211 El cual no existe en la ley, salvo que lo estatutos lo prevean

212 Sentencia 474 de 2004, Expediente D-4953, M:P: Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia 127 de 2004, Expediente D-4909, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

trador de la misma. La única exigencia consagrada en la ley para el desempeño del cargo en cuestión, se encuentra establecida en el parágrafo 2° del artículo 50 de la mencionada ley, en el cual se dispone que "[E]n los casos de conjuntos residenciales, y edificios y conjuntos de uso mixto o comercial, quien ejerza la administración directamente, o por encargo de una persona jurídica contratada para tal fin. deberá acreditar idoneidad para ocupar el cargo, que se demostrará en los términos del reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional".

La elección del administrador por parte del consejo de administración si lo hubiere, no desconoce el derecho de participación de los propietarios de unidades privadas de una copropiedad a ser elegido, en primer lugar, porque se trata de un órgano de dirección de la copropiedad designado por todos los propietarios en asamblea general, para 1o cual el legislador adoptó dicho criterio en aras de agilizar ciertas decisiones; y, en segundo lugar, porque como se anotó en el párrafo precedente, la Ley 675 de 2001 no consagra en ninguna de sus disposiciones la prohibición de que un propietario pueda ser designado como administrador de la copropiedad, si para ello acredita la idoneidad que para el efecto exija el reglamento expedido por el Gobierno Nacional, lo cual se ajusta a las previsiones de orden constitucional y legal que orientan el régimen de propiedad horizontal."

No obstante, el derecho de participación de los propietarios de las unidades privadas de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, no se agota con su asistencia a la asamblea general, ni con la elección de los miembros del consejo de administración, cuando éste exista, pues, como es obvio, de manera permanente tienen el derecho a intervenir en los asuntos que los afecten y, pueden ser consultados para emitir su opinión o por el consejo o por el administrador, cuando ello sea pertinente. " (Subrayados y destacados hace parte del texto"

Es evidente, entonces que para que exista una incompatibilidad de orden funcional como la que indaga su Despacho, ésta debe ser establecida por la propia ley, y para el caso en análisis, la Corte Constitucional nos ayuda a orientar la respuesta, diciendo que la Ley 675/01, no establece prohibición para que la designación del Administrador pueda recaer en un propietario.

Expresa la citada Corporación, tal como lo hemos visto, que la única exigencia consagrada en la ley para el desempeño de dicho cargo, es la establecida en el parágrafo 2° del artículo 50 de la mencionada ley, el cual señala que quien ejerza la administración directamente, o por encargo de una persona jurídica contratada para tal fin, deberá acreditar idoneidad para ocupar el cargo, que se demostrará en los términos del reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La situación regulada en el Parágrafo 1° del citado artículo, relacionada con suscripción del contrato respectivo de vinculación con el administrador, en la cual actúa como representante legal de la persona jurídica el Presidente del Consejo de Administración o, cuando este no exista, el Presidente de la Asamblea General, opera cuando el Administrador no tiene vinculo alguno con la copropiedad.

De lo anterior, al no existir una prohibición legal expresa, se desprende que no concurre incompatibilidad alguna para que una misma persona actué en los cargos de Presidente de Asamblea General,[213] Presidente del Consejo de Administración, y como Administrador del respectivo conjunto residencial. De todas maneras, el nombramiento que así se haga por parte de la Asamblea General o el Consejo de Administración debe ser inequívoco.

SEGUNDA PREGUNTA.

"2. Que sanción se aplica al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 47 de la Ley 675 de 2001."

RESPUESTA: En primer lugar, debemos tener en cuenta que la Ley 675 de 2001, art. 1º regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad.

Entre los principios orientadores de citada norma, tenemos que la convivencia pacífica y la solidaridad social, deben propender dentro de la copropiedad por establecer relaciones tranquilas de cooperación entre los copropietarios o tenedores.

Cuando se trate de la imposición de sanciones a los moradores del inmueble, aun cuando no sean propietarios de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, deberá siempre observarse respecto de éstos el debido proceso interno, garantía constitucional que, en ningún caso, puede ser vulnerada.

De otra parte, observa la Corte Constitucional,[214] ..."...*que quienes residan en el inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal pero no sean propietarios, pueden verse afectados por decisiones adoptadas por la asamblea de copropietarios o por las autoridades internas, casos estos en los cuales no puede privárseles del derecho de elevar peticiones y obtener pronta resolución, como tampoco negárseles la posibilidad de ser oídos antes de que se adopten por quien corresponda las decisiones pertinentes, en cuanto puedan afectarlos, para lo cual podrán actuar directamente o por intermedio de representantes suyos y con sujeción al reglamento de propiedad horizontal que, se repite, no podrá conculcar o hacer nugatorio este derecho."*

213 El cual no existe en la ley, salvo que lo estatutos lo prevean

214 Sentencia 318 de 2002, Exp. D 3771, M. P. Alfredo Beltrán Sierra

En ese mismo orden de ideas, y en armonía con lo que hasta ahora hemos visto, tenemos que el Código de Policía de Bogotá D.C. [215] comprende las reglas mínimas que deben respetar y cumplir todas las personas en el Distrito Capital para propender por una sana convivencia ciudadana, fundamentado entre otros principios y valores, en la prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad, la eficacia, la moralidad, la economía y celeridad, que permiten regular el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas de acuerdo con la Constitución y la Ley, con fines de coexistencia civil, señalando reglas de comportamiento social que deben respetarse en el Distrito Capital de Bogotá.

Así las cosas, tenemos que el Código de Policía de Bogotá d.C. establece que:

> *La Orden de Policía es un mandato, claro y preciso, escrito o verbal y de posible cumplimiento, dirigido a una persona o a varias* ***para asegurar el cumplimiento de las reglas de convivencia ciudadana,*** *emanado de autoridad competente que tenga noticia de un comportamiento contrario a la convivencia para hacerlo cesar de inmediato y con fundamento en el ordenamiento jurídico.*
>
> *Si la Orden de Policía no fuere de inmediato cumplimiento, la autoridad de Policía señalará el plazo para cumplirla. De no ser atendida impondrá las medidas correctivas pertinentes, sin perjuicio de realizar el hecho por cuenta del obligado, si fuere posible.*
>
> *Si por haberse consumado el comportamiento contrario a la convivencia o surtido el procedimiento a que se refieren los artículos 205 y 206 de este Código, no es pertinente impartir una Orden de Policía, la autoridad de Policía competente aplicará las medidas correctivas a que haya lugar..* [216] (Destacado fuera del texto)

Entendiendo entonces que una de las finalidades de la propiedad privada organizada bajo el esquema de propiedad horizontal, es la de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad, conductas hacia las cuales apunta igualmente la norma local de policía en comento, para lo efectos de sanción policiva respecto de los comportamientos individuales que las contrarían, debemos encaminar nuestro análisis en dirección de lo previsto sobre la materia según se desprende del texto normativo anteriormente transcrito.

Significa lo anterior, que la autoridad de policía competente, en éste caso el Alcalde Local,[217] dentro de las garantías del debido proceso indagará las causas por las cuales el Administrador no

215 Acuerdo 079 de 2003, Art... 1o

216 Acuerdo Ibidem, Art. 140

217 Decreto Distrital 192 de 2002, Art. 3º

ha cumplido con la entrega de las Actas que le han sido solicitadas, y si no existiere justificación alguna sobre esa conducta, impartirá la respectiva orden de policía, instruyendo al renuente para que entregue los documentos correspondientes, pudiendo otorgar un plazo para ello.

En dicho procedimiento, el Código Distrital de Policía, artículo 206, ilustra de manera adecuada y complementaria la forma sobre como puede actuar su Despacho, cuando expresa:... *"En caso de que no se cumpliere la Orden de Policía, o que no fuere pertinente aplicarla, o que el comportamiento contrario a la convivencia se haya consumado, se impondrá una medida correctiva, la cual se notificará por escrito en el acto y, de ser posible, se cumplirá inmediatamente.*

Contra el acto que decide la medida correctiva procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el cual deberá ser interpuesto inmediatamente ante la autoridad que impone la sanción y será sustentado ante su superior dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes."

Conforme a la filosofía de la norma local de policía,[218] las medidas correctivas... *"Son los mecanismos establecidos en este Acuerdo mediante los cuales las autoridades de policía del Distrito resuelven los conflictos que se generen por comportamientos contrarios a la convivencia ciudadana.*

En ese orden de ideas, tenemos que el comportamiento o conducta inadecuada de una Administrador de una copropiedad sometida al régimen de propiedad horizontal, en las condiciones negativas que hemos estado analizando, es susceptible cobijarlo como sujeto pasivo de la adopción de medidas correctivas, como una forma de materialización de los mecanismos establecidos en la norma policiva, herramientas en las cuales las autoridades de policía del Distrito resuelven los conflictos que se generen por comportamientos contrarios a la convivencia ciudadana,[219] siendo procedente así, como lo hemos visto aplicar el artículo 206 del Acuerdo Distrital 079 de 2003.

Es decir, consideramos que con fundamento en los principios que hemos visto de convivencia pacifica, función social de la propiedad privada, etc., la conducta negativa del Administrador va en contra de las normas que garantizan la seguridad y la coexistencia pacífica en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, valores igualmente amparados por el Código de Policía.

En refuerzo de este criterio, se debe tener en cuenta que los comportamientos que dan lugar a la imposición de medida correctiva, son aquellas conductas taxativamente establecidas bajo el esquema de reglas de convivencia ciudadana.[220]

En suma, nuestra opinión sobre la sanción que se puede imponer en virtud del comportamiento que se desprenda de la regulación contenida en el parágrafo del artículo 47 de la Ley 675 de 2001, debe tener relación directa con aquellas situaciones nocivas que atentan de manera concreta contra las

218 Acuerdo Ibidem, Art. 156, 157 y 158

219 Acuerdo Ibidem, Art. 157

220 Acuerdo Ibidem, Art. 160

normas de convivencia ciudadana; esto es, que al adoptarse dicho comportamiento nocivo, afecta igualmente las relaciones de vecindad, por cuanto es evidente que, aunque el proceder ocurra al interior de una copropiedad, éste ha trascendido de lo privado a lo publico lesionado precisamente el bien jurídico tutelado por el mencionado parágrafo de ley de propiedad horizontal, como es de permitir que toda persona habitante, residente o integrante de la persona jurídica, conozca de las decisiones que en cualquier sentido le afecten de alguna manera. Es decir, el contenido de las Actas no son del patrimonio privado del Administrador, sino que lo son de la persona jurídica que estructura la copropiedad.[221]

Así las cosas, entre otras, las medidas correctivas aplicables en el Código Distrital de Policía hacia las cuales remite la ley 675 de 2001, art. 47 parágrafo, como son la multa, la amonestación en privado y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana, la amonestación en público y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana, la expulsión de sitio público o abierto al público y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana, la asistencia a programas pedagógicos de convivencia ciudadana y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana, el trabajo en obra de interés público, de carácter ecológico, de pedagogía ciudadana o de asistencia humanitaria y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana,

De otra parte, es importante tener en cuenta los procedimientos internos de concertación no constituyen un trámite previo obligatorio para ejercitar las acciones policivas, penales y civiles. [222]

Además debe tenerse en cuenta que para resolver los conflictos en los cuales no fuese posible la solución extrajudicial, se puede acudir a la autoridad jurisdiccional el trámite previsto es establecido en el Capítulo II del Título XXIII, artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, en procedimiento de única instancia ante juez municipal[223].

Finalmente, es importante manifestarle que éste Despacho estará atento para colaborar en los demás aspectos adicionales relacionados con ésta consulta.

Cordialmente,

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO
Directora Jurídica Distrital

MANUEL AVILA OLARTE
Subdirector de Conceptos

221 Ley 675 de 2001, Art. 4º, 5º Inc. final, 32º

222 Ley 675 de 2001, Art. 77

223 Art. 14, num. 4º C.P.C.

Copia de Trámite. Dra. Deidamia García Quintero
Subsecretaria de Asuntos Locales
Secretaría Distrital de Gobierno
Sin Anexos

Sr. y Sra. Carlos Enrique Castiblanco
Blanca Estella N. de Castiblanco
Calle 65 No. 57-15 Apto 105
ref.: RAD.1-2007-28388
Sin anexos

Proyectó: Orlando Corredor Torres
Revisó: Manuel Ávila Diarte
Aprobó: Martha Yaneth Veleño Quintero

ISBN: 978-958-717-035-1

BOG

BOGOTÁ
POSITIVA

GOBIERNO DE LA CIUDAD