

Derecho Administrativo

# CUADERNOS de INVESTIGACION UNILIBRISTAS



*Directoras de Proyecto*

**TATIANA DIAZ RICARDO**  
**BEATRIZ TOVAR CARRASQUILLA**

*Investigadores*

**KATIUZKA GUTIERREZ STAND**

**ALFREDO MORENO DÍAZ**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**

**ALEX PIANETTA MERCADO**

**Serie de Estudios de Postgrados  
en Derecho Administrativo No. 1 2010**

ISBN: 978-958-8621-19-7



**CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN UNILIBRISTAS**

**Serie de Estudios de Postgrado en Derecho Administrativo**

**N0.1 2010**

**Directoras de proyectos**

**BEATRIZ TOVAR CARRASQUILLA**

**TATIANA DIAZ RICARDO**

**Investigadores**

**KATIUZKA GUTIERREZ STAND**

**ALFREDO MORENO DÍAZ**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**

**ALEX PIANETTA MERCADO**

**Grupo de investigación**

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL**



**Derecho Administrativo**



©UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

ISBN: 978-958-8621-19-7

Primera Edición, 2010

América del Sur

Teléfonos: 661147- 6561379



Editorial Universidad Libre Sede Cartagena

**Comité editorial**

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Narciso Castro Yanes

María Cristina Bustillo c.

Zilath Romero González

Diseño y Diagramación:

Sandra Morales Montenegro

Editora: Zilath Romero González

zilathromero@yahoo.com

Cartagena de Indias, Colombia

Año 2010

Se permite la reproducción total y parcial por cualquier medio siempre y cuando se citen debidamente la fuente, los autores y las instituciones. La Universidad Libre, Sede Cartagena, no se hace responsable por los contenidos, posibles errores u omisiones. Los contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores.



## UNIVERSIDAD LIBRE

### DIRECTIVOS NACIONALES 2010

Presidente

Luis Francisco Sierra Reyes

Rector

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor

Edgar Sandoval Romero

Decano Facultad de Derecho

Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad de Contaduría

Clara Inés Camacho

Decano de Extensión de Contaduría

Pública

Gustavo Arrieta Vásquez

Directora Consultorio Jurídico

y Centro de Conciliación

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

Coordinadora de Postgrados

Beatriz Tovar Carrasquilla

Directora Centro de Investigaciones

Zilath Romero González

Secretaria Académica

Eline Palomino Riher

### DIRECTIVOS SECCIONALES 2010

Presidente Delegado Rector

Rafael Ballestas Morales

Vicerrector Académico

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Lucy Castilla Bravo

Directora de la Facultad de Ciencias

Económicas, Administrativas y

Contables

María Cristina Bustillo Castillejo

Decano de Extensión de Derecho

Narciso Castro Yanes

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité editorial y la evaluación de los pares científicos. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. Se respeta la libertad de expresión.

Universidad Libre

Pie de la Popa Calle. Real # 20-177

Cartagena de Indias. Colombia

América del Sur

Teléfonos: 6661147- 6561379



**TABLA DE CONTENIDO**

<b>“EUREKA” CON UN NUEVO DECRETO ¿SE ACABA EL MOTOTAXISMO?.....</b>	<b>7</b>
RESUMEN .....	7
ABSTRACT .....	7
INTRODUCCION .....	9
CONTENIDO.....	9
Desarrollo normativo .....	9
Problemática social .....	16
Estadísticas de accidentalidad .....	17
Motocicletas matriculadas en el departamento administrativo de transito distrital	19
Consideraciones finales .....	20
CONCLUSIONES.....	22
BIBLIOGRAFIA .....	23

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL REGIMEN SANCIONADOR**

<b>ADUANERO.....</b>	<b>24</b>
RESUMEN .....	24
INTRODUCCION .....	25
Las infracciones administrativas aduaneras.....	26
Las sanciones administrativas aduaneras.....	31
El principio de proporcionalidad .....	39
a. El principio de proporcionalidad en la doctrina.....	39
b. El principio de proporcionalidad en el derecho colombiano.....	41
c. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador colombiano .....	42
c. El principio de proporcionalidad en el régimen sancionador aduanero .....	47
Etapas de aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones aduaneras .....	49
Aplicación del principio de proporcionalidad a las sanciones aduaneras .....	50



BIBLIOGRAFIA .....	54
--------------------	----

**CAUSAS DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN RELACIONADOS CON EL  
CONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN POR LA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA..... 55**

RESUMEN .....	55
INTRODUCCION .....	56
CONTENIDO.....	58
Ejecutivos de origen contractual.....	60
Sentencias Condenatorias .....	67
Servicios de Salud.....	72
Laudos Arbitrales .....	73
Facturas de Servicios Públicos Domiciliarios .....	73
Aspectos Procesales.....	75
CONCLUSION .....	79
BIBLIOGRAFIA .....	80

**POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE**

<b>Vs SEGURIDAD JURIDICA .....</b>	<b>81</b>
RESUMEN .....	81
INTRODUCCIÓN .....	82
CONTENIDO.....	83
La seguridad jurídica como valor, principio y derecho constitucional.....	83
La potestad reglamentaria y la constitución política .....	89
Antecedentes judiciales de los decretos reglamentarios de la ley 115 de 2007...	94
CONCLUSIÓN .....	99
BIBLIOGRAFIA .....	101



## **“EUREKA” CON UN NUEVO DECRETO ... ¿SE ACABA EL MOTOTAXISMO?**

*Katiuzka Gutierrez Stand*

### **RESUMEN**

La prolija expedición de normas de tránsito que restringen la circulación de vehículos tipo motocicleta en el perímetro del Distrito de Cartagena dictadas desde el año 2004, ¿ ha disminuido la accidentalidad de tránsito en ese tipo de vehículos y ha desestimulado la práctica del ejercicio del transporte ilegal denominado “mototaxismo”? o, por el contrario, no han sido efectivas para controlar ese fenómeno y se hace necesario la aplicación de otras medidas alternas, es la primera inquietud que debe surgir en el lector.

A través del presente ensayo se realiza un análisis de esas normas comparándolas con los datos estadísticos relacionados con la materia y que reposan en entidades como Alcaldía Mayor de Cartagena – DATT- . Y, también, indagar sobre si se han tomado otras medidas para controlar ese problema.

### **PALABRAS CLAVES**

Motocicleta, normas de tránsito, circulación.

### **ABSTRACT**

The protracted expeditions of transit rules that restrict the motorcycle circulation in the Cartagena District perimeter announced since 2004. have decreased the transit road accident in this type of vehicle and have rejected the illegal transportation exercise that is common named MOTOTAXISMO?



Or , otherwise, those rules haven't been effective to control that phenomenon and It makes necessary the application of others alternative measures, this is the mean concern that must arise in the reader.

Through this test our intention is to study and analyze those rules to compare with the statistics that rest at the mayor s office , DATT and , investigate about if have been implemented others rules to control that problem.

### **KEY WORDS**

Motorcycle, transit rules, circulation



## **INTRODUCCION**

Teniendo en cuenta que el mototaxismo es una problemática que se ha ido acrecentando no solo en el Distrito de Cartagena de Indias, sino en todo el país, se cree necesario analizar si con la sola expedición de normas de carácter legal es suficiente para desestimular el uso de ese tipo de transporte ilegal o si es necesario tomar y aplicar medidas alternas como educación a conductores y usuarios de ese tipo de vehículos, o crear fuentes de empleo para las personas que ejercen la actividad de “mototaxista”.

Además del análisis de las estadísticas se desarrolló un trabajo de campo con los mismos conductores de motocicletas para encontrar las respuestas a las preguntas planteadas al autor.

Se realiza un estudio profundo de los decretos que se han expedido en el Distrito de Cartagena de Indias desde el año 2004 hasta la actualidad e indagando el resultado que la administración pretendía de ello, se intenta brindar a esta una herramienta que le permita tomar medidas eficaces y efectivas para la regulación del transporte y la buena utilización de las motocicletas.

## **CONTENIDO**

### **Desarrollo normativo**

En primer lugar se enumerarán y resumirán todos los decretos que desde el año 2004 se han expedido por parte de la administración distrital de Cartagena de Indias, con el objetivo de controlar el tránsito de vehículos tipo motocicleta en el perímetro urbano del Distrito para controlar el mototaxismo y contrarrestar la comisión de delitos como el sicariato y el fleteo.



El primer decreto expedido fue el Decreto No. 0120 de 10 de febrero de 2004, en la administración del doctor ALBERTO BARBOSA SENIOR, “Por medio del cual se restringe por razones de seguridad ciudadana la circulación de vehículos tipo motocicletas con parrilleros en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias”<sup>1</sup>

Se observa que en este primer decreto la restricción era de carácter temporal, (por tres meses), además de ello se hacía para un horario determinado (horas pico: de 7:00 a.m. a 9:00 a. m , de 12:00 m. hasta las 2:00 p.m. y desde las 6:00 p.m. hasta las 12:00 p.m (sic)) y para un sector específico: restringía la circulación de esos vehículos de lunes a sábado, exceptuando los días domingos y festivos en la Avenida Pedro de Heredia (Calle 31), ambas calzadas, desde la intersección del Amparo (Transversal 54) hasta la India Catalina o intersección de la Avenida Rafael Nuñez.

En ese mismo decreto se indicaban normas que contiene el Código nacional de tránsito sobre el uso de casco y elementos de seguridad como chalecos reflectivos por parte tanto del conductor como de los acompañantes y el uso de las luces tanto delanteras como traseras.

Posteriormente, vencido el plazo de tres meses establecido por el decreto 0120 de 2004; el 10 de mayo de 2004 se expidió el Decreto 0461,<sup>2</sup> por el cual se prolongó por el término de tres (3) meses la vigencia del decreto 0120 del mismo año.

A continuación, fue dictado el decreto 0858 de 10 de agosto de 2004<sup>3</sup>, en el que se indica entre otros considerándolos, que por los altos índices de accidentalidad y con el objeto de que los siniestros ocasionados por el masivo uso de los vehículos tipo motocicletas se reduzcan, se hace necesario prorrogar la vigencia de la

<sup>1</sup> Decreto No. 0120 de 10 de febrero de 2004

<sup>2</sup> Decreto No 0461 de 10 de mayo de 2004

<sup>3</sup> Decreto No. 0858 de 10 de agosto de 2004



restricción consagrada en el decreto 0461 de 2004 por el termino de tres (3) meses contados a partir de la publicación del decreto 0858.

Seguidamente se dictó el decreto No.1264 de Noviembre 17 de 2004, “por el cual se dictaron normas de seguridad en la Localidad Uno del Distrito de Cartagena de Indias y se restringió por razones de seguridad la circulación de motociclistas con parrillero durante los días dieciocho y diecinueve, veinte y veintidós de noviembre de 2004”<sup>4</sup>.

Posteriormente el 28 de enero de 2005 se expidió el decreto 0045, “por el cual se dictaron medidas de policía para garantizar la seguridad y tranquilidad ciudadana y se prohibió el “uso de parrilleros” en la localidad 1 Histórica y del Caribe Norte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, del día 6 de Febrero de 2005, hasta el día 12 del mismo mes y año en las motos de un cilindraje mayor de 125 c.c”<sup>5</sup>.

Luego con base en un estudio de la facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Cartagena, en el que se detectó un alto incremento del tránsito de vehículos tipo moto, que oscilaba en 17.000 motos circulando en la infraestructura vial en el Distrito de Cartagena, ocasionando contaminación auditiva y congestión vehicular se dictó el decreto 0197 de 17 de marzo de 2005,<sup>6</sup> En alguno de los considerandos de este, se establece que a pesar de las medidas adoptadas por la administración no han sido suficientes para controlar el flujo automotor de este tipo de vehículos y la accidentalidad. Y que de acuerdo con un estudio realizado por el comité técnico del DATT, y teniendo en cuenta el gran numero de vehículos tipo moto registradas y foráneas, que venía rodando en la infraestructura vial del

<sup>4</sup> Decreto No. 1264 de noviembre 17 de 2004

<sup>5</sup> Decreto No. 0045 de 28 de enero de 2005

<sup>6</sup> Decreto No. 0197 de 17 de marzo de 2005



Distrito se recomendó restringir la circulación de vehículos tipo moto en la ciudad de Cartagena de lunes a sábado, de acuerdo con las placas pares e impares así: Los días pares solo circularán vehículos tipo moto de placas que terminen en números pares y días impares solo circularán vehículos tipo moto de placas que terminen en números impares. Dando de esta manera inició a la medida denominada “pico y placa” por días para motocicletas, la cual empezó a regir el 17 de marzo de 2005 por el termino de (10 meses.

Que a la fecha de expiración del decreto antes reseñado, se dictó el Decreto 0034 de 17 de enero de 2006, “por medio del cual se prorrogó por diez (10) meses mas la vigencia del decreto 0197 de 2005”.<sup>7</sup>

El Decreto 2961 de 4 de Septiembre de 2006 emanado del Ministerio de Transporte,<sup>8</sup> por el cual se decretó en los municipios o distritos donde la autoridad municipal o distrital verifique que se está desarrollando una modalidad ilegal de servicio publico de transporte de pasajeros utilizando la movilización de personas en motocicleta, dicha autoridad deberá tomar las medidas necesarias para restringir la circulación de acompañantes o parrilleros, por zonas de su jurisdicción o en horarios especiales, de acuerdo con la necesidad. Dichas medidas se tomarán por periodos inferiores o iguales a un año.

Así también se estableció la sanción aplicable al conductor o propietario de una motocicleta que circule con acompañante o parrillero dentro de las zonas u horarios objeto de restricción, de conformidad con las normas aplicables por la prestación ilegal de servicio publico de transporte de pasajeros o servicio no autorizado. Endureciendo las sanciones pues prevé una sanción adicional de inmovilización de la motocicleta por 5 días si es primera vez, 20 días por segunda vez y suspensión de la licencia de conducción por un termino de seis (6 ) meses

<sup>7</sup> Decreto No. 0034 de 17 de enero de 2006

<sup>8</sup> Decreto Nacional No. 2961 de 4 de septiembre de 2006



por reincidir en la prestación del servicio no autorizado en un periodo no superior a un (1) año y por tercera vez inmovilización del vehículo por cuarenta (40) días y cancelación de la licencia de conducción por reincidir en la prestación del servicio publico de transporte en vehículos particulares.

Con ocasión del decreto nacional No.2961 de 4 de Septiembre de 2006 se expidió el Decreto distrital No. 0701 de septiembre 7 de 2006 "Por medio del cual se da cumplimiento al artículo 1º. del Decreto No. 2961 de 4 de Septiembre de 2006 expedido por el ministerio de transporte " <sup>9</sup>, en el cual además de transcribir las sanciones contempladas en el decreto nacional, se prohíbe: La circulación de motocicletas de cualquier cilindraje en el horario de 10.01 p.m a 5.59 a.m hasta el 06 de septiembre de 2007, La circulación de motocicletas de cualquier cilindraje, el primer viernes de cada mes, a partir de octubre de 2006 hasta el día 6 de octubre de 2007.

El ingreso y circulación de los vehículos automotores denominados motocicletas de cualquier cilindraje al centro amurallado de la ciudad de Cartagena de Indias incluyendo al barrio Getsemaní, a partir del día 07 de septiembre de 2006 hasta el 6 de septiembre de 2007.

El estacionamiento de motocicletas de cualquier cilindraje en los parqueaderos de las edificaciones de uso público, tales como entidades publicas, clubes estaciones de servicio de gasolina y gas natural y bancos.

Posteriormente el 24 de enero de 2007 se dictó el Decreto distrital No. 0162 "Por medio del cual se modifican los artículos primero y tercero del Decreto 0701 de Septiembre del 2006",<sup>10</sup> consistiendo dicha modificación en el horario de restricción de la circulación de motocicletas de cualquier cilindraje, siendo desde

<sup>9</sup> Decreto No.0701 del 7 de septiembre de 2006

<sup>10</sup> Decreto No. 0162 de 24 de enero de 2007



las 11.01 p.m a 5.59 a.m y en el recorrido que pueden realizar ese tipo de vehículos en el Centro de la ciudad.

Al vencimiento del plazo contenido en el decreto No. 0701 de septiembre de 2006 se expidió el decreto No. 1086 de Septiembre 6 de 2007, “Por medio del cual se toman medidas de circulación de motocicletas en cumplimiento del artículo 1º. Del Decreto 2961 de Septiembre de 2006, expedido por el Presidente de la República”,<sup>11</sup> en el cual prácticamente se reprodujeron las prohibiciones contenidas en el decreto 0701 de 2006, adicionando además la medida del pico y placa por días, con la cual se restringió la circulación de lunes a viernes , exceptuando los días festivos así: “Los días pares solo circularán motocicletas que terminen en números pares, incluyendo el 0 y los días impares solo circularán motocicletas que terminen en números impares”. Medida que había sido inicialmente adoptada por medio del decreto No. 0197 de 2005 y que para la fecha no se venía aplicando.

Posteriormente se dictó el Decreto 1221 de 26 de octubre de 2007, “por el cual se modificó el párrafo del artículo segundo del decreto 1086 de septiembre 6 de 2007, por medio del cual se da cumplimiento al artículo 1º. Del Decreto 2961 del 4 de septiembre de 2006, expedido por el Presidente de la Republica”<sup>12</sup>, indicando que la prohibición de motocicletas el primer viernes de cada mes regía a partir de Septiembre de 2007 hasta el 6 de septiembre de 2008. Y se establece unas excepciones a dicha medida, para los “miembros de la fuerza publica, autoridades de tránsito, personal de las entidades estatales, personal de los organismos de socorro, escoltas de funcionarios públicos, siempre y cuando se encuentren en ejercicio de sus funciones “. Así como “a los mensajeros de droguerías, mensajeros de empresas de mensajería y vigilantes de las empresas de seguridad, siempre y cuando se encuentren el ejercicio de sus funciones, quienes

<sup>11</sup> Decreto No. 1086 de septiembre 6 de 2007

<sup>12</sup> Decreto No. 1221 de octubre 26 de 2007



deberán acreditarse ante la autoridad de tránsito competente (Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte – DATT)” Medida esta que generó los llamados permisos de pico y placa que son expedidos por el organismo de tránsito previo el cumplimiento de unos requisitos.

Subsiguientemente se expidió el decreto 0683 de 2008<sup>13</sup>, que replica casi en su integridad el decreto No.1086 de 2007 y se indica la forma como deberá ser sancionado el conductor o propietario que incumpla lo ordenado allí, repitiendo la sanción aplicable al conductor o propietario de una motocicleta que circule con acompañante o parrillero dentro de las zonas u horarios objeto de restricción, previendo una vez mas la sanción adicional de inmovilización de la motocicleta por 5 días si es primera vez, 20 días por segunda vez y suspensión de la licencia de conducción por un termino de seis ( 6 ) meses por reincidir en la prestación del servicio no autorizado en un periodo no superior a un (1) año y por tercera vez inmovilización del vehículo por cuarenta (40) días y cancelación de la licencia de conducción por reincidir en la prestación del servicio publico de transporte en vehículos particulares.

Y por ultimo tenemos los decretos distritales No. 1040 de Septiembre 4 de 2009: “Por medio del cual se toman medidas de circulación de motocicletas en cumplimiento al articulo 1º. Del Decreto 2961 del 4 de Septiembre de 2006, expedido por el Presidente de la República”<sup>14</sup>, con el cual se amplió hasta el día sábado la restricción de pico y placa y se indicó la forma como se debía tramitar el permiso de circulación para las personas contenidas en la excepción. Por ultimo, en el mes de octubre del mismo 2009, por decreto 1228 de 20 de ese mes y año<sup>15</sup>, se aclaró y modificó el decreto 1040 de 4 de septiembre de 2009 en el sentido de

<sup>13</sup> Decreto No. 0683 de septiembre 4 de 2008

<sup>14</sup> Decreto 1040 de septiembre 4 de 2009

<sup>15</sup> Decreto No. 1228 de 20 de octubre de 2009



que la restricción de circulación por placas iba de lunes a viernes y no de lunes a sábado como se había pretendido establecer en el decreto modificado, así como se aclaró el último de los considerandos del decreto No. 1040 de 2009, en relación con un error numérico en los antecedentes del plurimentado decreto.

Como se puede colegir de la relación normativa antes hecha, se han expedido desde el año 2004, por parte de la administración distrital unos 14 decretos que han establecido todo tipo de restricciones a la circulación de motocicletas en el Distrito de Cartagena, con el afán de reducir y poner fin al fenómeno del denominado mototaxismo en la ciudad, así como en algunos decretos sobre restricción temporal de circulación de las motocicletas anotan situaciones como la inseguridad y el aumento de la comisión de delitos.

Más adelante se precisará si han sido efectivas todas estas medidas.

### **Problemática social**

A continuación se presenta un resumen de una encuesta realizada a varias personas que ejercen el oficio de “mototaxistas”, para tratar de verificar si se ha controlado y amainado el fenómeno del mototaxismo en la ciudad y en que ha radicado el éxito o fracaso de las medidas.

Habiéndose realizado un trabajo de campo, en el cual se entrevistaron cerca de 17 “mototaxistas” de la ciudad entre los meses de junio y julio de 2010, a los cuales se les hicieron las siguientes preguntas:

- Cuanto tiempo llevan ejerciendo la labor.
- Estrato socioeconómico,
- Nivel de escolaridad,
- Producido
- Tarifa, es decir el dinero que le paga al dueño del vehículo
- Diario, o sea el dinero que le queda producto de su labor
- Horario en el que “presta el servicio”,



- Razón por la cual lo hace,
- Razones por las cuales cree que es preferido su “servicio” y por ultimo
- Si las medidas tomadas por la administración distrital han desestimulado su actividad.

Se encontró que en un 85% de los casos se lleva ejerciendo la labor mas de 3 años, que el estrato socioeconómico al cual pertenecen es 1 y 2 , el nivel de escolaridad es bachillerato, aunque algunos se encuentran cursando carreras técnicas, que el producido oscila entre \$45.000 y \$55.000 diarios, los cuales se discriminan en la tarifa para el propietario, que es de \$15.000 diarios, el combustible para el día de trabajo que es de \$8.000 diarios y los restantes \$22.000 a \$32.000 quedan como “diario” a quien conduce la motocicleta que lo hace desde la seis (6:00 a.m.) y por un tiempo promedio de 8 horas diarias, aclarando que algunos pueden llegar a hacerlo hasta por 12 horas, caso en el cual lógicamente aumenta el producido y el diario, no así la tarifa.

En la respuesta, que si las medidas tomadas por la administración distrital han desestimulado su actividad contestaron que no.

Porque luego de llevar varios años intentando conseguir un trabajo con el cual satisfacer sus necesidades y las de sus familias y no haber encontrado oportunidades, hallaron en este oficio la manera de suplirlas, pues con los \$330.000 a \$480.000 mensuales que pueden llegar a ganar ven satisfechas en parte su falta de oportunidades.

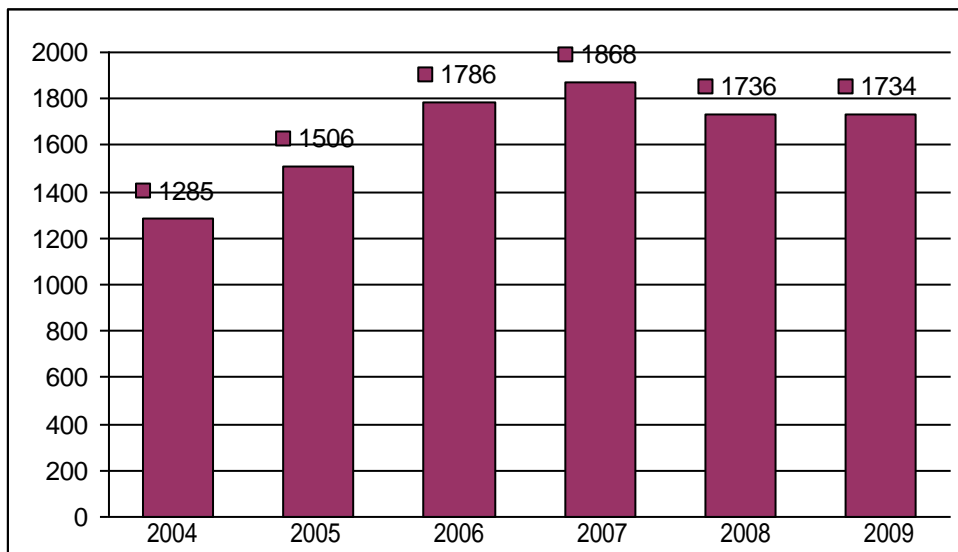
Fuente: Elaboración propia del autor.

### **Estadísticas de accidentalidad**

Según la información aportada por la oficina de estadísticas del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena de Indias, este ha sido el



índice de accidentalidad en la ciudad en vehículos tipo motocicletas desde el año 2004 hasta el año 2009.



Fuente: Departamento Administrativo de Tránsito Distrital de Cartagena de Indias DATT-

De lo anterior se deduce que el número de accidentes en motocicletas no ha disminuido, sino que ha sido fluctuante así:

Entre 2004 y 2005 aumentó en un 17.47%

Entre 2005 y 2006 se incrementaron los accidente en 18.59%

Entre 2006 y 2007 se observa que hubo un aumento del 4.59%.

Entre 2007 y 2008, se observa una pequeña rebaja de 7.07%

Y entre 2008 y 2009 se observa una ínfima disminución de los accidentes en un porcentaje del 0.12%.

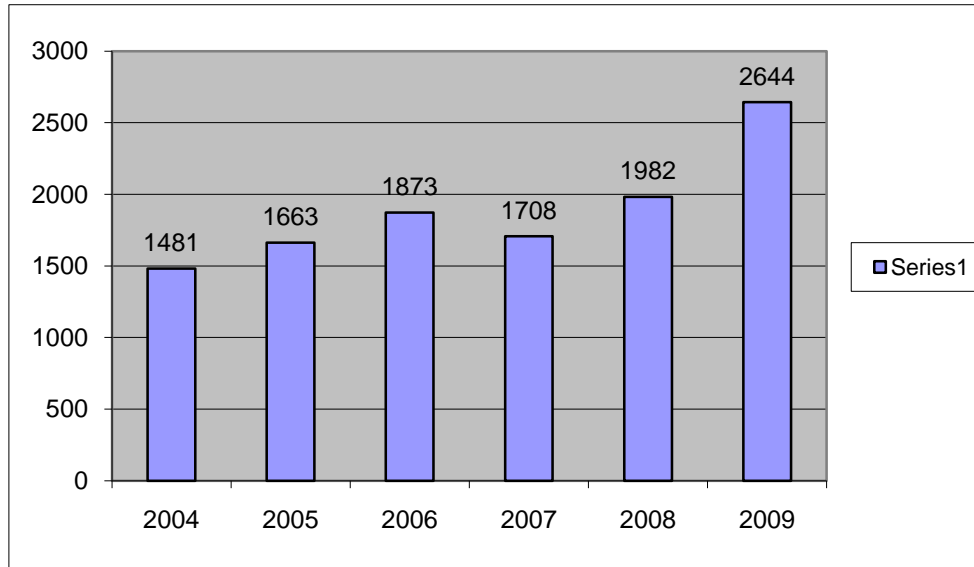
Fuente: Elaboración propia del autor

Por todo lo anterior, en nuestro sentir pese a los esfuerzos tanto del gobierno central, como de la administración distrital la problemática del mototaxismo ha incrementado el numero de accidentes en un porcentaje del 10.05% año tras año, debido a la imprudencia e impericia de los conductores de motocicletas que aunado a la rapidez con que transitan por las vías del distrito hacen que el uso de estos vehículos sea cada vez mas riesgoso.



## Motocicletas matriculadas en el departamento administrativo de tránsito distrital

Este es el dato de las motos matriculadas



Fuente: Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte Distrital de Cartagena de Indias (DATT), Julio de 2010.

De lo anterior se deduce que el número de motocicletas matriculadas año tras año en el DATT ha ido aumentando así:

Entre 2004 y 2005 aumentó en un número de 182 motocicletas matriculadas para un 12.29%

Entre 2005 y 2006 se incrementó en 210 motocicletas para 12.63%

Entre 2006 y 2007 se observa que hubo una pequeña disminución de vehículos matriculados para un total de 165 motocicletas menos, 8.81% menos .

Entre 2007 y 2008, se incrementó en 274 motocicletas para 16.04%

Y entre 2008 y 2009 el parque automotor de motocicletas matriculadas en el DATT sufrió un incremento de 662 motos en relación con el año anterior para un porcentaje de 33.40%.

Fuente: Elaboración propia del autor



Pensamos que con fundamento en lo anterior, sí ha habido un gran beneficiado de estas medidas, y estos han sido los concesionario y el comercio de motocicletas pues para suplir el día de restricción la mayoría de empresarios de esta actividad compran motos terminadas en números pares e impares.

Huelga decir que las cifras aquí contenidas no conforman el parque total de motocicletas rodante en la ciudad, toda vez que además de las matriculadas o inscritas en el organismo de Tránsito Distrital, sobre el territorio del Distrito circula un número indeterminado de estos vehículos matriculados en otros organismos de tránsito vecinos, a las cuales es difícil contabilizar para efectos de realizar una estadística precisa de ellas.

### **Consideraciones finales**

Al observar las estadísticas de accidentalidad, motocicletas matriculadas en los últimos cinco años y de lo conversado con los conductores, se deduce que ninguno de los objetivos tratados de conseguir con la expedición de los decretos de restricción de motocicletas han sido cumplidos y las medidas han resultado insuficientes para contrarrestar el problema que ya adquirió dimensiones sociales, de salubridad pública y de inseguridad, pues en medio de tantos que ejercen su oficio de mototaxistas, se camuflan delincuentes que utilizan las motocicletas para realizar todo tipo de ilícitos, desde hurtos, fleteos hasta acciones de sicariato.

A pesar de que con las medidas adoptadas diariamente circulan menos motocicletas, pues solo lo pueden hacer el día que por número de placa le corresponda, y siendo prohibido circular de 11.01 p.m a 4.59 a.m, o sin hacerlo en la zona de restricción ( centro amurallado); aun mas dejando de salir dos viernes al mes, y puesto que las sanciones (multas e inmovilización del rodante) cada vez son mas severas puesto que la mayoría de los conductores no cuentan con dinero para pagar las multas o el tramite de entrega del vehículo en el DATT se ha vuelto riguroso, de ahí que tanto los propietarios como los conductores, prefieren mantener sus motocicletas guardadas y la ciudad en esos días goza de vías mas



despejadas, según la opinión de los peatones; sin embargo siendo un trabajo “atractivo” o en todos los casos consultados una única fuente de ingresos, para quien lo ejerce, por falta de oportunidades carecen de fuentes de trabajo formal y en lugar de disminuir, ha ido en crecimiento este tipo de transporte informal y las medidas solo han resultado ser pañitos de agua fría, pues en nuestro criterio medidas definitivas serían algunas como prohibir el transporte de parrilleros o acompañantes en las motocicletas, o que estos vehículo solo puedan ser conducidos por sus propietarios, pero estas acarrearían un problema social que no sería fácil asumir por un mandatario, por el costo político que dicha decisión le traería y mas en una ciudad como Cartagena de Indias donde los índices de pobreza son extremos y las posibilidades de empleo formal son cada vez mas limitadas.

Por eso ante la pregunta que si es suficiente la expedición de normas por parte de la administración para enfrentar problemas como el incremento del uso del transporte ilegal en vehículos tipo motocicletas, la alta accidentalidad en ese tipo de vehículos y la inseguridad en la ciudad?. Debemos responder que no, este es un problema que ya ha sobrepasado los límites de la legalidad y ha adquirido dimensiones sociales y económicas que no solo con decretos se soluciona.

Ojalá que ahora que se acerca la fecha en que queda sin vigencia el decreto No. 1228 de 20 octubre de 2009, se logre profundizar en la problemática real que encierra este fenómeno para que las medidas que se adopten realmente sirvan para afrontar las dificultades y complicaciones que ocasiona el incremento de la práctica del transporte ilegal “mototaxi”, para que el nuevo decreto que se expida no sea una simple repetición de normas sino que permita dar soluciones de fondo a este asunto.



## **CONCLUSIONES**

En nuestro país el exceso de reglamentación, prohibición o regulación no es suficiente para resolver o poner fin a los problemas que nos aquejan, y en este caso concreto el relacionado con el ejercicio ilegal de transporte público en vehículos tipo motocicletas, denominado “mototaxis”; se debe hacer un trabajo profundo, tratar de escudriñar la raíz del problema, acercarse a los coasociados para que las medidas que se adopten realmente sean efectivas a la hora de tratar de regular una materia sensible para los administrados, máxime cuando no se cuenta con medidas adicionales que permitan poner fin a este tipo de prácticas.

Una ley de economía básica es, que si hay demanda de servicios hay oferta, la rapidez y economía que prestan las “mototaxis” contrasta con la inseguridad que ello representa, pese a lo anterior y aunado al hecho que las empresas de transporte público de pasajeros no tiene una cobertura suficiente para llegar a todos los rincones del Distrito, que facilite la movilidad a los usuarios del servicio público colectivo, la necesidad de fuentes de ingreso de quienes ejercen ese oficio, hace que a pesar de los esfuerzos y las medidas tomadas para erradicar esta práctica, en nuestra opinión no hayan sido efectivas, eficaces ni mucho menos eficientes y resultando como únicos beneficiarios los concesionarios y establecimientos dedicados a comercializar motocicletas que como lo demuestran las estadísticas de motos matriculadas ha ido creciendo año tras año .



## **BIBLIOGRAFIA**

- Decreto No. 0120 de 10 de febrero de 2004,
- Decreto No. 0461 del 10 de mayo de 2004,
- Decreto 0858 de 10 de agosto de 2004,
- Decreto 1264 de Noviembre 17 de 2004,
- Decreto No. 0045 de 28 de enero de 2005,
- Decreto 0197 de 17 de marzo de 2005,
- Decreto 0034 de 17 de enero de 2006,
- El Decreto 2961 de 4 de Septiembre de 2006 emanado del Ministerio de transporte,
- Decreto distrital No. 0701 de septiembre 7 de 2006,
- Decreto No. 1086 de Septiembre 6 de 2007,
- Decreto 1221 de 26 de octubre de 2007,
- Decreto 0683 de septiembre 4 de 2008,
- Decreto distrital No. 1040 de Septiembre 4 de 2009,
- Decreto 1228 de 20 octubre de 2009.



## **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL REGIMEN SANCIONADOR ADUANERO**

*Alfredo Moreno Díaz*

### **RESUMEN**

El principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente consagrado en la legislación Colombiana como un criterio de control sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han dicho que como una dimanación del artículo 29 de la Constitución Política debe ser tenido en cuenta en la determinación y aplicación de sanciones administrativas. El objetivo de este trabajo consiste en verificar la manera en que ese principio tiene aplicación en el régimen sancionatorio aduanero , proponiendo una metodología de análisis de la relación de equivalencia que debe tener la sanción aduanera frente a las conductas consideradas como faltas administrativas. .

### **PALABRAS CLAVES**

Infracción administrativa-sanción administrativa- Principio de Proporcionalidad- Juicio de Idoneidad-Juicio de Necesidad-Proporcionalidad en sentido estricto- Régimen Aduanero.



## **INTRODUCCION**

El Estatuto Aduanero regula la movilización de mercancías hacia y desde Colombia en virtud de operaciones de comercio exterior, y disciplina las actividades y sujetos que participan en dichas operaciones. Al final del Decreto 2685 de 1999 formando parte de la regulación del régimen aduanero colombiano se reserva un título para el sistema de sanciones en donde aparecen las conductas que se consideran reprochables por parte de los usuarios del servicio aduanero.

Pasando revista a esta parte especial de la legislación aduanera encontramos que tipifican una serie de conductas calificadas como infracciones administrativas. Estas normas presentan una estructura conformada por un antecedente que es conducta que por acción u omisión puede cometer el usuario aduanero y un consecuente, que es la sanción que se le atribuye a título de castigo.

En principio podemos reconocer que el legislador aduanero goza de un amplio margen de decisión para establecer las conductas que constituyen infracciones aduaneras y para señalar las sanciones que se deben aplicar en cada caso. Sin embargo, del principio del estado social de derecho se deriva como garantía para los asociados el principio de proporcionalidad en todos los terrenos donde se utilice el poder punitivo. Siendo el régimen sancionador aduanero una manifestación del derecho administrativo sancionador, su validez está condicionada al respeto de este principio. Por lo tanto, la relación de equivalencia que debe existir entre la consecuencia legal y la conducta descrita como infracción aduanera, se constituye no solo en un criterio fundamental para medir la legalidad de este sistema especial de sanciones sino que se constituye en un factor decisivo para que dicho sistema sea convalidado por sus destinatarios como legítimos.

El objetivo de este trabajo es revisar el régimen aduanero colombiano para verificar si en el mismo se sanciona en forma proporcional las conductas que se



califican como infracciones administrativas a cargo de los usuarios del servicio y para ello se propone la implementación de una metodología que permita realizar dicho escrutinio.

Para el desarrollo del tema inicialmente haremos unas explicaciones sobre los elementos que componen las faltas administrativas aduaneras, esto es, las infracciones para conocer sus elementos característicos y luego revisaremos las sanciones con el fin de ir evidenciando como tiene presencia el principio de proporcionalidad en sus diferentes etapas. Llegado a ese punto, conocernos los fundamentos conceptuales del principio de proporcionalidad y la metodología propuesta por la doctrina para estructurar un sistema de control de legalidad sobre las sanciones aduaneras.

### **Las infracciones administrativas aduaneras**

El Decreto 2685 de 1999, que contiene el estatuto aduanero colombiano se encuentra organizado en forma estructural. Así, en una primera parte que podemos denominar sustantiva, se dedica a identificar las personas que participan en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior, estableciendo condiciones para que puedan ejercer sus actividades y las obligaciones que surgen con ocasión de su reconocimiento. Luego se reglamenta el procedimiento de ejecución de las operaciones aduaneras a las cuales se pueden someter las mercancías que son objeto de comercio exterior, y finalmente encontramos actuaciones administrativas. Dentro de estas actuaciones administrativas se destaca el procedimiento para imponer las sanciones a los usuarios sometidos a control aduanero. Teniendo en cuenta que esta parte del estatuto consagra principios, reglas, infracciones, sanciones y procedimiento, podemos concluir que estamos en presencia de un régimen sancionatorio autónomo o por lo menos específico.



Como lo hemos advertido el tema central de este trabajo lo constituye el análisis de un atributo especial que deben tener las sanciones aduaneras que es la proporcionalidad, pero como quiera que estas son el consecuente de una hipótesis fáctica, creemos necesario referirnos brevemente a las infracciones como supuesto de hecho previo a la sanción.

En términos generales podemos decir que infracción administrativa es toda conducta que el legislador considera reprochable por afectar bienes superiores, a las cuales se les atribuye como consecuencia una sanción.

En el campo de las infracciones aduaneras, tenemos una definición legal establecida en el artículo primero del Estatuto que dice:

*“Infracción Aduanera. Es toda acción u omisión que conlleva la trasgresión de la legislación aduanera.”*

Al aproximarnos un poco más al estatuto aduanero vemos como, a partir del artículo 489, se tipifican las conductas que se consideran infracciones administrativas a cargo de los diferentes usuarios del servicio aduanero.

Se trata de un compendio de aproximadamente 242 conductas calificadas como infracciones a las cuales se les atribuye su respectiva sanción.

La presentación de las infracciones en el estatuto aduanero tiene la siguiente estructura: **i) Se organizan en primer lugar teniendo en cuenta los sujetos activos.** Así se inicia con las conductas que son reprochables para los declarantes<sup>16</sup>, que vienen siendo las personas que presentan ante la autoridad

<sup>16</sup> Por regla general el declarante debe ser un agente de aduanas, pero en los artículos 10 y 11 del Decreto 2685 de 1999, se establecen excepciones a esta regla.



aduanera una declaración de aduanas para someter a régimen una mercancía; luego siguen los beneficiarios de programas especiales de exportación, los depósitos, los transportadores, etc. Hasta llegar al artículo 501-1 adicionado por el Decreto 390 de 2009, en el cual se consagran las infracciones en que puede incurrir cualquier usuario en relación con la información que se incorpore el RUT.

**ii) El segundo criterio de clasificación que se tiene en cuenta es el régimen aduanero en los eventos en que es procedente hacer esta distinción.** En

efecto el segundo criterio de clasificación de las infracciones tiene en cuenta el régimen aduanero <sup>17</sup>bajo el cual se puede presentar. De esta forma se agrupan las infracciones en tres conjuntos: las propias del régimen de importación, las del régimen de exportación y las del régimen de tránsito aduanero. Ahora bien este criterio de clasificación solo se aplica a los declarantes y a los transportadores porque respecto de ellos se establecen obligaciones específicas en los diferentes regímenes aduaneros. **iii) El tercer criterio de clasificación tiene que ver con la**

**gravedad de la infracción.** De acuerdo con este criterio, las infracciones administrativas aduaneras se dividen en GRAVISIMAS, GRAVES Y LEVES y según estas categorías son asignadas las sanciones. Esta gradualidad de las infracciones se nos presenta como un ejercicio de ponderación por parte del legislador aduanero, pues podríamos decir que para implementar esta clasificación se tuvo en consideración el tipo de obligación subyacente incumplida con la conducta que se sanciona. Así las cosas, las faltas gravísimas serían aquellas que representan el incumplimiento de deberes sustantivos como la evasión del control aduanero. Mientras que las faltas leves serían aquellas que constituyen inobservancia de deberes formales. En tanto las faltas graves quedan en una zona intermedia donde existen deberes sustantivos y deberes formales desatendidos pero que ameritan grado de sanción diferente.

---

<sup>17</sup> Se define REGIMEN ADUANERO como: "El tratamiento aplicable a las mercancías sometidas al control y vigilancia de la autoridad aduanera, mediante el cual se les asigna un destino aduanero específico de acuerdo con las normas vigentes. Los regímenes aduaneros son importación, exportación y tránsito." ( artículo 1 Decreto 2685 de 1999).



Tal vez un ejemplo contribuya a explicarnos mejor: Las agencias de aduana juegan un papel trascendental en la ejecución de las operaciones de comercio exterior, pues más que un simple intermediario entre el sector empresarial y las autoridades aduaneras, se han constituido en unos auxiliares de la función pública sometidos a un severo control estatal que demanda de ellas eficacia en el servicio y cierto comportamiento ético. En el Decreto 2883 de 2008, se estableció un sistema de sanciones especial para las agencias de aduanas, que vino a modificar el que previamente estaba consagrado en el Decreto 2685 de 1999, para las sociedades de intermediación aduanera que era el nombre que recibían con anterioridad este tipo de empresas. En el artículo 6 del Decreto 2883 de 2008, se consagran las infracciones en que pueden incurrir los agentes de aduana calificando como gravísima en el 1.1 *“Haber obtenido la autorización como agencia de aduanas mediante la utilización de medios irregulares o con información que no corresponda con la realidad.”* esta conducta se sanciona con cancelación de la autorización que es la pena más grave que existe en la legislación aduanera. Podemos decir que se justifica esta infracción en la medida en que este comportamiento representa el incumplimiento al deber sustantivo de acreditar en debida forma el cumplimiento de los requisitos para que la empresa sea autorizada a funcionar como tal establecidos en el artículo 14 y siguientes del estatuto aduanero. Pensando un poco más en la justificación de esta infracción creemos que se fundamenta en el hecho de constituir un atentado contra el principio de buena fe, pues al distorsionar la información que se presenta ante la DIAN para obtener la autorización se induce en error a la entidad y finalmente se disminuye el nivel de seguridad que el Estado debe mantener en el campo empresarial que se dedica al comercio exterior. En el numeral 3.2 se tipifica como infracción leve : *No informar dentro del día siguiente a que se produzca el hecho, vía fax o correo electrónico o por correo certificado a la dependencia competente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sobre la desvinculación y retiro de las personas que se encuentran inscritas para representar a la sociedad y para actuar ante las autoridades aduaneras.”* Esta infracción se sanciona con veinte (20) salarios mínimos legales mensuales. Se cataloga como leve esta



conducta porque representa el incumplimiento de una obligación formal que consiste en dar aviso al día siguiente sobre la desvinculación de la empresa de las personas designadas para representarla o actuar ante la DIAN, y se explica porque a la DIAN le interesa conocer en forma permanente y actualizada el nombre de las personas naturales que tienen la vocería de la agencia de aduana, toda vez que eso hace parte del esquema del control que sobre ellas se ejerce, pero no se trata de una conducta que ponga en alto nivel de riesgo la seguridad que debe ofrecer el estado al sector empresarial. Finalmente destacamos que en el numeral 2.4 se consagra como falta leve : *“Adelantar tramites o refrendar documentos ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales utilizando un código diferente al designado a la agencia de aduanas”*. Por esta conducta se impone una sanción de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, porque implica el desconocimiento de una obligación sustantiva que consiste en identificarse siempre en sus actuaciones con el código asignado por la DIAN, como esto puede afectar la seguridad y transparencia en las operaciones de comercio exterior, se sanciona en forma más grave que las infracciones leves, pero no tan severa como las infracciones gravísimas.<sup>18</sup>

Este ejemplo nos permite visualizar un primer momento de aplicación del principio de proporcionalidad en el régimen sancionador aduanero, que lo realiza el legislador al establecer las infracciones y las sanciones. Ejercicio que sin embargo, no es explícito ni publicitado pues las normas en esta materia son adoptadas por el Gobierno Nacional mediante Decretos Reglamentarios de Leyes Marco o Cuadro.

<sup>18</sup> Otra forma posible de explicar esta categorización de las infracciones es teniendo en cuenta el grado de culpabilidad, lo que obligaría a hablar de la existencia de dolo o culpa del sujeto activo de las infracciones, pero se trata de un tema que ofrece cierta complejidad pues son factores subjetivos propios de la persona humana y en este caso estamos en presencia de personas jurídicas, en donde resulta difícil establecer este elemento subjetivo. Se recomienda la lectura Juan Manuel Camargo en la obra citada. Pagina 609.



## Las sanciones administrativas aduaneras

La sanción administrativa es la herramienta con que cuenta la Administración Aduanera para sancionar a los usuarios que incurran en una conducta tipificada como infracción por el ordenamiento. La doctrina especializada <sup>19</sup> ha denotado que existen tres elementos que caracterizan las sanciones administrativas que son comunes a todos los esfuerzos que se hacen por conceptualizarla : *i)* la carga que se le impone al individuo; *ii)* el gravamen que debe ser consecuencia de una conducta lesiva a un bien jurídico protegido en una infracción administrativa y *iii)* el poder que ostenta las autoridades administrativas para imponerla, de acuerdo con las normas y principios que rigen la actividad sancionadora.

De este modo, la sanción es un signo de la autoridad represiva, que se acciona frente cualquier tipo de perturbación que se ocasione, y se traduce en el poder para reprimir a los individuos, sin hacer la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, por las infracciones al orden jurídico-administrativo. Siendo su objeto el de *“reprimir una conducta contraria a Derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del trasgresor”*, y asimismo el de producir un efecto disuasorio. Hasta el punto que algunos han llegado a decir que estas medidas tienen un carácter intimidatorio.

En el campo del derecho aduanero encontramos que el legislador realiza un interesante ejercicio de tipificación de sanciones, aplicando de igual modo el principio de proporcionalidad que se ve reflejado en la graduación que hace de las mismas y en reglas de cálculo de diferente índole que implementa tratándose de las multas.

---

<sup>19</sup> María Lourdes Ramírez Torrado. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU DIFERENCIA CON OTRAS MEDIDAS QUE IMPONEN CARGAS A LOS ADMINISTRADOS EN EL CONTEXTO ESPAÑOL\*



Ciertamente, las infracciones administrativas aduaneras, antes de la entrada en vigencia del Decreto 2685 de 1999, eran sancionadas con multa, y como sanciones accesorias se podía aplicar la prohibición de ejercer el comercio; la clausura y cierre de establecimiento comercial; la prohibición de ejercer profesión u oficio relacionado con el Comercio Exterior; y la pérdida de empleo o cargo público.

Con la entrada en vigencia del Decreto 2685 de 1999, las sanciones se clasifican en multas, suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades, según corresponda a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la falta.

La multa sigue siendo la principal sanción aduanera ya que las sanciones de suspensión y cancelación se imponen en forma subsidiaria con cierto criterio subjetivo pues dependen de los efectos de la conducta frente a los intereses del Estado, que como veremos más adelante encontrará límites en el principio de proporcionalidad. Lo anterior tiene dos excepciones : Una en relación con las infracciones de las agencias de aduanas y de los almacenes generales de depósito cuando actúen como agencias de aduanas, pues de conformidad con la modificación introducida por el Decreto 2883 de 2008, para las conductas que aparecen calificadas como gravísimas en el numeral 1 del artículo 485 del Estatuto Aduanero, se impone como sanción principal la de cancelación de la autorización.

La otra se da en materia de infracciones todos los usuarios aduaneros relacionadas con la inscripción en el Registro Único Tributario y el manejo del servicio informático aduanero, que se sanciona en forma directa con la cancelación de las calidades inscritas en el RUT.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Decreto 390 de 2006, que adicionó al Estatuto Aduanero introduciendo un artículo 501-1 titulado “otra infracciones”



Veamos entonces, los tipos de sanciones aduaneras:

**a.- La Multa:**

La multa es la pena típica dentro del derecho administrativo sancionador y consiste en la obligación de pagar una suma de dinero a favor del tesoro nacional, y una vez ejecutoriado el acto que la impone se convierte en un crédito a favor de la administración aduanera que puede ser cobrado en forma coercitiva.

En el sistema sancionador aduanero, las multas por regla general se tasan en salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ocurrencia de los hechos que tipifican la infracción.<sup>21</sup>

En este sentido la multa más alta, hasta antes de la expedición del Decreto 2883 de 2008, era la equivalente a setenta (70) salarios mínimos, que se impone a faltas consideradas como gravísimas, por ejemplo la prevista en el numeral 1.1 del artículo 486 para los Usuarios Aduaneros Permanentes y la mínima es de cinco (5) salarios mínimos, prevista por lo general para las faltas calificadas de leves, como la que encontramos tipificada en el numeral 3.3 del artículo 488 que se le imputan a los Usuarios Operadores de la Zona Franca. No obstante, esta situación cambió al implementarse un régimen sancionador especial para las agencias de aduanas en donde es posible imponer como multa la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos para las faltas gravísimas.

En algunos eventos las multas se imponen por cada una de las operaciones que configuren la conducta sancionable, como aparece en el numeral 3.4 del artículo 490 para los depósitos aduaneros por no informar a la dependencia competente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en la oportunidad legal que se

---

<sup>21</sup> Concepto Jurídico 61 del 14 de Julio de 2003.



establezca sobre las mercancías cuyo término de permanencia en depósito haya vencido sin que se hubiere obtenido autorización de levante.

También encontramos otros criterios para establecer la sanción de multa como son:

a) **Un porcentaje sobre el valor de la mercancía:** Algunas conductas se sancionan deduciendo un porcentaje del valor en aduanas de la mercancía.<sup>22</sup> Como ejemplo de lo anterior tenemos la prevista para los declarantes en el régimen de importación cuando sustraen del control aduanero mercancías sujetas al mismo, en cuyo caso según el artículo 482 numeral 1.1, la multa es del cien (100%) del valor en aduanas de la mercancía.

b) **Un porcentaje del valor FOB de la mercancía:** El valor FOB es el valor de la mercancía sin incluir los gastos correspondientes a los fletes y el seguro que acompaña el transporte de las mercancías<sup>23</sup> y el mismo artículo 482 nos ofrece otro ejemplo de utilización de este criterio, cuando en el numeral 2.1 sanciona con el quince (15%) del valor FOB de la mercancía al declarante que al momento de la aceptación y presentación de la declaración de importación no tenga los documentos soportes de la operación.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> El valor en aduanas es el valor de la mercancía que se tiene en cuenta para efectos de la percepción de los tributos aduaneros y en este sentido el Estatuto Aduanero en el artículo 88 remite a las reglas de valoración aduanera aceptadas por Colombia.

<sup>23</sup> En el cuerpo de las declaraciones de importación es fácil distinguir que la construcción del valor sobre el cual se van a liquidar los tributos aduaneros se va construyendo con varios conceptos, por ejemplo, el valor FOB que es un término de negociación internacional, los fletes, los seguros y el ajuste al valor, todo lo cual se coloca en dólares de los estados unidos, para luego ser convertidos a pesos aplicando la tasa de cambio correspondiente a la fecha de presentación de la declaración.

<sup>24</sup> Modificación introducida por el artículo 26 del Decreto 2557 de 2007.



c) **El valor de una cuota incumplida:** Este criterio es específico para sancionar conductas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la modalidad de importación temporal a largo plazo, en donde la mercancía se introduce al país con el fin de cumplir una actividad durante un tiempo determinado y tiene como característica que el pago de los tributos aduaneros se difieren en cuotas. Cuando el importador no cancela el valor de la cuota de los tributos aduaneros en la oportunidad que se establece en la declaración de importación, el estatuto aduanero lo sanciona con una multa equivalente al cinco por ciento (5%) del valor de la cuota incumplida. ( artículo 482-1 numeral 1.2).

d) **Un porcentaje de los fletes causados por la mercancía :** Esta sanción es propia de los transportadores que tienen especialmente a su cargo la obligación de presentar la mercancía ante la autoridad aduanera al momento de su arribo al territorio aduanero nacional, lo cual les demanda el cumplimiento de obligaciones específicas de documentación de la carga y entrega de documentos dentro unos términos legales específicos. Así tenemos que en el numeral 1.2.1 del artículo 497 del Estatuto Aduanero se tipifica como infracción el hecho no entregar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en las condiciones de tiempo, modo y lugar previstas en el artículo 96 del presente decreto, la información del manifiesto de carga o los documentos que lo adicionen, modifiquen o corrijan y de los documentos de transporte, que se sanciona con el 50% del valor de los fletes internacionalmente aceptados.

e) **Un porcentaje de la diferencia entre lo pagado y lo que legalmente corresponde pagar:** esta forma de tasar la multa está prevista para situaciones en las cuales la autoridad aduanera detecta que existen diferencias entre lo pagado por el importador y lo que legalmente se debe pagar a título de tributos aduaneros, lo cual puede ocurrir por error en la clasificación arancelaria de la mercancía o por el valor de la mercancía. Un ejemplo de la utilización de este criterio lo tenemos en el artículo 499 numeral 3 que sanciona en materia de valoración aduanera al importador que declare un base gravable inferior al valor



en aduana que corresponda, con una multa equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la diferencia que resulte entre el valor declarado y el valor establecido por la autoridad aduanera.

En resumen, tratando de alcanzar un nivel de proporcionalidad, el legislador aduanero ha establecido una serie de criterios para la tasación de la multa como sanción prototípica del régimen aduanero.

### **b.- La suspensión.**

Las sanciones de suspensión y cancelación son de tipo personal porque implican la restricción para el ejercicio de un derecho. Los agentes que actúan en las operaciones aduaneras, traban una relación jurídica con la administración aduanera que los habilita, reconoce, inscribe o autoriza para que puedan ejercer su actividad y esta relación se puede ver afectada por la comisión de determinadas conductas, sobre todo cuando revisten intensidad frente a los intereses públicos protegidos.

La suspensión puede ser impuesta hasta por el término máximo de tres (3) meses y se aplica en forma subsidiaria en los siguientes eventos:

- a) En caso de reincidencia en infracciones gravísimas o graves sancionadas con multas en el período de un año, de manera que si se acumulan tres o mas multas, se puede reemplazar la multa por suspensión.
- b) Cuando por autorización expresa del legislador en determinadas infracciones se faculte su aplicación en reemplazo de la multa, lo cual depende del sujeto activo de la infracción y de la afectación a los intereses del Estado.

Este ejercicio de disimetría punitiva debe realizarse con sumo cuidado por parte de la autoridad aduanera teniendo en cuenta que la valoración de la gravedad del



daño causado a los intereses del Estado no puede ser subjetiva dejada en manos del criterio discrecional del funcionario sino que debe estar respaldada con elementos de juicio objetivos.

En nuestra opinión la afectación de los intereses del Estado no debe mirarse solo a partir del recaudo de los tributos aduaneros, sino que en ocasiones se puede valorar el impacto de la conducta frente a los bienes jurídicos que se protegen con la legislación aduanera como son la seguridad jurídica en las operaciones y la confiabilidad de la información que se suministra a la autoridad aduanera.

La suspensión tiene efectos hacia el futuro y solo afectará a las operaciones que se realicen con posterioridad a la ejecutoria del acto administrativo que la impone.

Como novedad podemos destacar que el Decreto 390 de 2009, consagra la suspensión como una medida cautelar para las infracciones relacionadas con el RUT y el uso de los servicios informáticos aduaneros.

**c.- La Cancelación:** La cancelación es la sanción más drástica para los usuarios aduaneros pues implica la cesación de las actividades de las empresas y conlleva la inhabilidad para actuar nuevamente en las operaciones anteriores por el término de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que la impuso.

Cuando se trata de infracciones relacionadas con el RUT la cancelación inhabilita para una nueva inscripción por el término de un año.

Como ya lo habíamos anotado, la sanción de cancelación inicialmente se estableció como en el Estatuto Aduanero como subsidiaria, pero mediante modificaciones posteriores se ha colocado como principal como ocurrió con el Decreto 2883 de 2008, para el caso de las agencias de aduanas.



Característica importante para destacar en el sistema sancionatorio aduanero es que el cobro de las multas se hace mediante la efectividad de las garantías constituidas por los usuarios.

En efecto, todas estas empresas aduaneras deben constituir una garantía a favor de la NACION- DIAN con el objeto de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y el pago de los tributos y sanciones a que halla lugar. En realidad es la Resolución Reglamentaria 4240 de 2000, la que regula en detalle todos los aspectos concernientes a la garantías que deben constituir los usuarios y auxiliares de la función pública aduanera, tales como objeto, vigencia, duración, renovación etc. Lo que queremos resaltar es que cuando se impone una sanción a una de estas empresas, según lo dispone el artículo 480 del Estatuto Aduanero deberá ordenarse la efectividad de la garantía otorgada por el monto correspondiente, salvo que el garante efectuó el pago antes de la ejecutoria del acto que imponga la sanción.<sup>25</sup>

Finalmente debemos reseñar que las sanciones pueden ser objeto de modulación cuando se presenten fenómenos como el del concurso de infracciones o la reincidencia previsto en el artículo 481 del Estatuto Aduanero y a los usuarios se les concede el beneficio de la reducción cuando aplican el instrumento del allanamiento reglamentado en el artículo 521 ibidem; pero como se trata de aspectos que desbordan el objeto de este trabajo, nos limitaremos a esta corta mención.

---

<sup>25</sup> Para dar claridad a los operadores aduaneros, la DIAN expidió la circular 205 de 2000, en donde precisó que la garantía debe hacerse efectiva proporcionalmente al monto que corresponda.



## El principio de proporcionalidad

### a. El principio de proporcionalidad en la doctrina.

La idea primitiva de desarrollar este trabajo surgió de la lectura de la obra del profesor español Daniel Sarmiento Ramírez Escudero titulada *“El principio de Proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis Jurídico desde el Derecho Español”* <sup>26</sup> , porque en ella encontramos una propuesta metodológica que consideramos posible implementar como estrategia de revisión del sistema de sanciones aduaneras.

Este autor centra su investigación en el examen efectuado a la actividad administrativa cuando esta se desarrolla en el escenario de las decisiones discrecionales permitidas por la ley. No obstante, aunque en el terreno de las infracciones administrativas el espacio de la discrecionalidad es reducido- fuera del momento inicial de creación de las infracciones y sanciones- estimamos que la propuesta del autor en el tema objeto de estudio resulta aplicable porque permite contar con una metodología cierta para el examen de la legalidad de las sanciones aduaneras en las diferentes facetas de implementación, aplicación administrativa y control judicial.

El doctrinante español estructura en tres escalones la metodología de aplicación del control de proporcionalidad, de la siguiente manera y con estos contenidos:

1. **El Juicio de adecuación:** El acto o disposición general deberá ser adecuado para alcanzar los fines que lo justifican, existiendo una relación de causalidad lógica entre medios y fines.

<sup>26</sup> Sarmiento Ramírez Escudero-Daniel. *“El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español.* Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Junio de 2007.



2. **El Juicio de necesidad:** el acto o disposición general deberá ser la medida menos lesiva posible para alcanzar los fines que lo justifican.

3. **El Juicio de proporcionalidad en sentido estricto:** el acto o disposición general no restringirá los intereses del particular de forma desproporcionada , en relación con los beneficios generales que se pretenden alcanzar.

La idea entonces es que se tomen las bases conceptuales esbozadas en este texto y se proyecte la aplicación metodologica en el campo de las infracciones administrativas aduaneras.

Otro autor que nos proporciona luces desde el terreno del Derecho Administrativo Sancionador es JAIME OSSA ARBELAEZ <sup>27</sup> , quien nos dice que el principio de proporcionalidad que algunos autores lo incluyen en el mas general de **“prohibición de exceso”**, constituye un postulado que, en cierta medida, racionaliza la actividad sancionatoria de la administración evitando que la autoridad desborde su actuación represiva y encauzando ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el administrado.

Este doctrinante colombiano trae a colación al profesor español JOSE MARIA QUIROZ LOBO, quien distingue dos campos de aplicación para la aplicación de la proporcionalidad : *La proporcionalidad abstracta* que se dirige a que el legislador utilice la ecuación conducta igual a correctivo, y *la proporcionalidad subjetiva* cuando se obliga a que el operador jurídico pondere todas las circunstancias concurrentes con la graduación para lograr una sanción adecuada.

---

<sup>27</sup> Ossa Arbelaez. Jaime. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Hacia una teoría general y una aproximación a su autonomía”. Editorial Legis. Primera Edición 2000.



Cierra sus comentarios con el interesante debate en torno del papel del control judicial sobre las decisiones administrativas que imponen sanciones, pues existe una corriente que considera que si se le permite al Juez revisar este aspecto se incurre en una intromisión injustificada del poder judicial sobre el ejecutivo y otra corriente que considera que no deben existir zonas intocables en el cumplimiento de las funciones administrativas.

### **b. El principio de proporcionalidad en el derecho colombiano**

La conceptualización del principio de proporcionalidad se ha producido por el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en materia de la interpretación de los derechos fundamentales. Especialmente ha tenido aplicación en el campo del derecho a la igualdad. En la sentencia C-647 de 2001 con ponencia de ALFREDO BELTRAN SIERRA se estableció que este principio debe aplicarse inexorablemente sobre la creación legislativa de los delitos y las penas y sobre su imposición por parte del Juez.

El profesor CARLOS BERNAL PULIDO<sup>28</sup> hace un estudio detenido del principio de proporcionalidad en la legislación penal que nos sirve de guía en lo que resulte aplicable para entender la proporcionalidad en materia del derecho administrativo aduanero como manifestación del derecho administrativo sancionador.

Explica este joven doctrinante que en su dimensión de derechos de defensa, la libertad de acción y los demás derechos fundamentales prohíben que las medidas que adopte el legislador sean excesivas y lo excesivo no puede ser algo que se pueda determinar en abstracto, sino en cada caso concreto, habida cuenta de la protección que exijan para sí los bienes jurídicos que las leyes penales garanticen.

<sup>28</sup> Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Primera edición 2005.



Entonces, el principio de proporcionalidad en su variante de interdicción del exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa respectivo.

Continúa este autor explicando los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad y que proponemos implementar como una metodología para someter a juicio las infracciones administrativas aduaneras :

**El subprincipio de idoneidad**, implica que toda ley penal como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo.

**El subprincipio de Necesidad**, significa que para que una intervención penal en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

**El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto**, de acuerdo con este principio para que una intervención penal en la libertad o demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental.

### c. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador colombiano

En Colombia, a diferencia de otros países como España no existe una norma que consagre en forma positiva el principio de proporcionalidad en el campo del



derecho administrativo sancionador. Alejandro Nieto<sup>29</sup> nos muestra que en España existe el artículo 131.3 de la Ley 30 de 1992, en donde se hace un reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad en los siguientes términos.

*“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar :*

*La existencia de la intencionalidad o reiteración.*

*La naturaleza de los perjuicios.*

*La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.*

La anterior previsión normativa ha permitido que el principio de proporcionalidad sea tenido en cuenta no solamente en el momento concreto de ejercer la potestad sancionadora por parte de la administración sino que se eleve como un criterio para ejercer el control de legalidad de la norma que establece una infracción administrativa.

La ausencia de una disposición de igual contenido en nuestro ordenamiento jurídico ha propiciado que sea la jurisprudencia de las altas cortes la encargada de bregar porque el principio de proporcionalidad se aplique en las sanciones administrativas.

---

<sup>29</sup> Nieto Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. España. Cuarta Edición 2008. Pg 351.



En este sentido podemos citar como sentencia de referencia la C-186 de 2006, en donde se establecieron las siguientes sub-reglas:

*“ \* Debe existir una configuración normativa previa y suficiente de los supuestos que dan lugar a la sanción, y los destinatarios de la misma. Empero , no es preciso que los elementos del tipo sancionatorio estén definidos en un norma con fuerza material de ley pues en el campo del derecho administrativo sancionador es valida la técnica de la remisión normativa.*

*\* Debe respetarse la proporcionalidad y razonabilidad entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción prevista, de manera tal que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto*

*\* En el procedimiento administrativo que se adelanta para imponer una sanción debe respetarse el derecho al debido proceso de los administrados.*

*\* Las entidades que ejerzan de manera simultanea y complementaria facultades de regulación y potestad sancionadora, deben prever la separación de las dependencias o funcionarios encargados del ejercicio de tales competencias, para evitar que se confunda la expedición de normas o instrucciones con el ejercicio de la potestad sancionatoria por el incumplimiento de tales actos administrativos, con la finalidad de garantizar la neutralidad e independencia de los encargados de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio.”*



Resulta importante la sentencia del Consejo de Estado del 13 de Noviembre de 2008, radicado 68001-23-31-000-1996-02081-01( 17009), con ponencia del Dr. ENRIQUE BOTERO GIL, que aunque se refiere a la potestad sancionadora de la administración en la actividad contractual del estado, hace importantes aportes en torno al principio de proporcionalidad. Efectuando un ejercicio interesante de interpretación del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, única disposición donde se hace referencia de manera expresa al principio de proporcionalidad, sostiene que este principio es aplicable a todo tipo de decisiones administrativas y no únicamente las de carácter discrecional como lo consagra la norma.

*“El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria. Para efectos del*



*análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria”.*

En esta providencia se plantea que , el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos.

Para fundamentar una interpretación amplia del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de extender el principio de proporcionalidad a decisiones que no tengan el carácter de discrecionales, sostiene la providencia que :

*“Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él. Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto.”*

Finalmente ilustra la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de legalidad de decisiones administrativas sancionatorias, la sentencia del Consejo



de Estado del 20 de abril de 2001, radicado 05001-23-24-000-1996-0218-01 (11658), en donde se dijo :

*“Para la sección es evidente que cuando el artículo 651 del estatuto tributario utiliza la expresión “hasta el 5%”, se le está otorgando a la administración un margen para graduar la sanción, pero esta facultad no puede ser utilizada de forma arbitraria, pues le compete a la administración señalar los motivos por los cuales aplica el máximo porcentaje, y dentro de sus fundamentos deberá atender no solo a criterios de justicia y equidad, como ya se mencionó, sino también atendiendo la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, tal y como fue expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-160 de 1998, y como lo ha defendido esta sala en anteriores pronunciamientos; como en sentencia de noviembre 10 de 2000, Exp. 10725, Consejero Ponente Delio Gómez Leyva o en sentencia de abril 23 de 1999, Exp. 9327, Consejero Ponente Julio E. Correa Restrepo.”<sup>30</sup>*

### **c. El principio de proporcionalidad en el régimen sancionador aduanero**

Al llegar a este punto debemos precisar que en materia de aduanas existe poca bibliografía a pesar de que en los últimos años se nota el incremento de la actividad académica en torno de este tema.

Destacamos en este sentido el trabajo de JUAN MANUEL CAMARGO <sup>31</sup>, quien hace unos planteamientos bastante críticos en relación con el sistema sancionador aduanero. En términos generales sostiene que si bien es cierto que el Decreto

<sup>30</sup> Esta posición es reiterada en las sentencias del 12 de Septiembre de 2002 ( radicado 2500-23-27-000-0129-61) y del 31 de marzo de 2005. ( radicado 2500-23-27-00-2002-90428-01).

<sup>31</sup> CAMARGO, Juan Manuel. DERECHO ADUANERO COLOMBIANO. Editorial Legis . Bogotá . 2009. Pagina 607.



2685 de 1999, representa un avance en relación con la legislación anterior en donde se establecía una tarifa legal para imponer sanciones y hoy la legislación establece un esquema de gradualidad de sanciones, se hecha de menos la existencia de una norma general que permita a los funcionarios encargados de imponer las sanciones distinguir entre el comerciante que intentó cumplir pero cometió errores y que busco evadir la ley, lo cual dejaría un campo para la aplicación del principio de buena fe. Sostiene además que las sanciones deben ser adecuadas a la ofensa, lo cual es indispensable en un estado de derecho. Sin mencionarlo expresamente este autor clama por que el principio de proporcionalidad sea tenido en cuenta, cuando dice:

*“ las sanciones debe ser adecuadas a los fines que se proponen y deben buscar un orden justo y equitativo. Las sanciones exageradas, demasiado numerosas, o aquellas que no permiten defensa, seguramente son poco efectivas y conducen a desestimular el cumplimiento de la ley , fin opuesto al que debería lograrse con el establecimiento de las faltas.”*

Recientemente CESAR ANTONIO COHECHA <sup>32</sup>ha publicado uno de los textos más actualizados que encontramos en materia de aduanas en donde se ocupa en forma muy breve al principio de proporcionalidad en las sanciones aduaneras. Este doctrinante cita la sentencia C-186 de 2006 de la Corte Constitucional para resaltar que se trata de un elemento que debe ser tenido en cuenta cuando la administración ejerce el poder sancionador del Estado.

Sostiene que toda sanción debe basarse en los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, poniendo de presente que la DIAN mediante la CIRCULAR JURIDICA No 175 ha introducido este elemento como criterio de interpretación del régimen sancionador aduanero, porque en este acto se señala que no debe existir sanción sin daño efectivo.

<sup>32</sup> Cohecha, Cesar Antonio. DERECHO ADMINISTRATIVO ADUANERO. Editorial Ibáñez. Primera Edición 2009.



Lo dicho hasta aquí nos permite concluir que el tema de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las infracciones administrativas aduaneras no ha sido estudiado en toda su dimensión, pues la doctrina que escasamente se refiere a este tópico, se ha limitado a decir que es un postulado que debe ser tenido en cuenta en el diseño y aplicación del régimen sancionatorio, pero no se ha realizado un estudio detenido de las infracciones con aplicación de una propuesta metodológica específica para realizar un escrutinio de fondo sobre la relación de equivalencia que existe entre la conducta y la consecuencia legal.

### **Etapas de aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones aduaneras**

En cuanto a las oportunidades para aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones aduaneras podemos identificar tres momentos: a) Al momento de la creación de las sanciones, en cuyo caso es el legislador aduanero a quien corresponde realizar el ejercicio de aplicación del principio. Como las sanciones son impuestas por el Gobierno Nacional mediante Decretos Reglamentarios de Leyes marco, no queda evidencia de las razones que llevan a atribuir a un conducta determinada la consecuencia represiva. Lo anterior conduce que considerar que se trata de un ejercicio implícito que está protegido por el privilegio de la presunción de legalidad que ampara todos los actos administrativos. ; b) Al momento de aplicación en casos concretos, en cuyo evento es la autoridad aduanera quien debe realizar el ejercicio de aplicación del principio. En este escenario se presenta la particularidad que por regla general el operador administrativo no se encuentra con la facultad de escoger entre varias sanciones la que mas considere adecuada, sino que el legislador se dio a la tarea de establecer la dosis punitiva que merece cada conducta. En estos casos, de advertir el funcionario administrativo que la sanción desborda la relación de adecuación con la conducta, surge una tensión entre el principio de legalidad que lo obliga a imponer la sanción y el principio de justicia con base en el cual podría



abstenerse de sancionar. El Derecho Administrativo Sancionador ofrece a nivel general una salida para esta tensión entre principios, que es la aplicación de otro principio denominado el principio de oportunidad, que se deriva como lo explica Alejandro Nieto<sup>33</sup> del carácter facultativo que tiene el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, lo cual posibilita que la administración se abstenga de imponer la sanción.. Pero como este principio no está consagrado en nuestra legislación , la única forma que en sede administrativa se le de prioridad al principio de justicia en casos de sanciones aduaneras es realizando un ejercicio de ponderación, que siempre que este rodeado de transparencia y argumentos sólidos no debe intimidar al operador administrativo. Ahora, en aquellos casos, en donde la legislación aduanera autoriza expresamente a que de manera subsidiaria se cambie la sanción de multa por la de suspensión o cancelación, si puede plenamente el operador administrativo aplicar el principio de proporcionalidad, que actuaría como un límite al factor subjetivo que puede afectar la decisión del funcionario; c) Al momento de ejercer control judicial bien sea contra las normas que establecen las sanciones aduaneras o contra decisiones administrativas que las imponen en casos particulares y concretos. Tal vez sea el contexto en donde con mayor amplitud pueda realizarse el ejercicio, y en todo caso, será en donde mejor se sustenten las razones por las cuales una decisión sea declarada contraria a derecho por desconocer el principio de proporcionalidad.

### **Aplicación del principio de proporcionalidad a las sanciones aduaneras**

Como quedó esbozado en el punto anterior, las sanciones administrativas pasan por diversas etapas en donde tiene presencia el principio de proporcionalidad, la primera de ellas es su momento de creación que corresponde al legislador con un amplio margen de discrecionalidad. Sobre esta tipificación legal de sanciones podemos aplicar el control de proporcionalidad con la metodología propuesta por la doctrina que hemos citado en referencia durante este trabajo.

<sup>33</sup> Ob citada pagina 131.



Lo ideal entonces es seguir una por una las infracciones aduaneras y someterlas a dicho control. Pero como se trata de un ejercicio que demanda un espacio mucho más amplio, nos limitaremos a mostrar la aplicación de la metodología sobre las sanciones en general tomando como base los patrones comunes que se observan en ellas.

Así, debemos en primer lugar resolver el juicio de adecuación, lo que nos conduce a pensar cuales son los fines que se persiguen con las sanciones aduaneras.

El fin general de las sanciones aduaneras puede estar englobado la protección del supraconcepto de CONTROL ADUANERO que está integrado por elementos específicos como la verificación de la legalidad de las operaciones, el pago de los tributos aduaneros, la seguridad jurídica en las operaciones y la transparencia y libre competencia en el sector del comercio exterior. En este sentido encontramos una relación de causalidad lógica entre el medio utilizado ( sanción administrativa) y el fin perseguido ( protección del control aduanero).

En cuanto al juicio de necesidad, nos parece que la sanción administrativa en términos generales es la medida menos lesiva para alcanzar el fin, pues las otras medidas implicarían la retención de las mercancías que son objeto de operaciones de comercio exterior, lo cual no solo altera las relaciones comerciales de los Estados , sino la balanza de cambios de país y la seguridad fiscal del Estado en la medida en que no percibiría los recursos que deja esta actividad.

En donde consideramos que se pone en aprietos la sanción aduanera en términos generales es el juicio de proporcionalidad estricto, pues la afectación del patrimonio de las empresas con las sanciones resulta desproporcionada en relación con beneficios que se pretenden alcanzar pues no se trata de imponer sanciones con el animo de obtener recursos, sino que se busca garantizar un entorno de transparencia y eficiencia en el sector empresarial que se dedica a las operaciones de comercio exterior.



El tipo obligación subyacente incumplida como criterio de graduación de la sanción nos parece que ha sido adecuadamente utilizado por el legislador aduanero, pero no ocurre lo mismo con la dosificación de la sanción por ese incumplimiento. Por ejemplo, una cosa es exigir cierto comportamiento ético a las agencias de aduana y otra muy diferente pretender que ellas sean infalibles en el ejercicio de sus actividades, que es la intención que podemos traducir en muchas de las sanciones que establece la legislación aduanera..

La brevedad de este espacio nos impide detenernos con más detalle en demostrar como esa relación de equivalencia entre el hecho y la sanción aduanera se rompe al aplicar el último peldaño del test de proporcionalidad, pero en términos generales podemos señalar que la dosificación punitiva supera los límites de prohibición de exceso, pues no solo plantea un desequilibrio frente a las cargas públicas sino que en nada ayudan a mejorar el control aduanero.

A manera de conclusión podemos decir que el *jus puniendi* del Estado puede manifestarse en diversas formas, una de las cuales y quizá la más frecuente, es la administrativa. Junto a la facultad que tiene el Estado de imponer castigos a quienes cometan delitos, en el campo administrativo se establecen unas sanciones de “segunda potencia”, relativas a infracciones que pueden ser calificadas de menores, pero de gran relevancia social. El sector del Comercio Exterior es de los más intervenidos en nuestro sistema legal, por lo que representa para la economía colombiana, esto justifica la existencia de infracciones y sanciones que tienen como fin garantizar un clima de seguridad en las operaciones aduaneras. Estas infracciones y sus consecuentes sanciones pasan por etapas en donde debe tener presencia el principio de proporcionalidad como límite al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. La proporcionalidad viene a constituirse entonces como una propiedad de la sanción que le suministra legitimidad. La ausencia en Colombia de una disposición que de manera expresa consagre el principio de proporcionalidad no impide que podamos aplicarlo como un criterio de control sobre la legalidad de las normas que



establecen las sanciones y sobre los actos administrativos que las imponen en casos concretos. La metodología propuesta por la doctrina para medir el grado de proporcionalidad de una medida es aplicable al sistema de sanciones aduaneras, el cual resulta mal librado en la última escala del test, pues al verificar la proporcionalidad estricta tenemos que las restricciones que se imponen a los derechos patrimoniales de los usuarios constituyen en la mayoría de los casos un castigo que no guarda relación con las obligaciones incumplidas ni genera provecho para el fortalecimiento del control aduanero.



## BIBLIOGRAFIA

- Sarmiento Ramírez Escudero Daniel. “*El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español.*” Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Junio de 2007.
- Nieto Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial TECNOS . Cuarta Edición. 2008.
- Ossa Arbeláez. Jaime. *DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Hacia una teoría general y una aproximación a su autonomía*. Editorial Legis. Primera Edición 2000.
- CAMARGO, Juan Manuel. *DERECHO ADUANERO COLOMBIANO* , Editorial Legis . Primera Edición 2009
- Cohecha, Cesar Antonio. *DERECHO ADMINISTRATIVO ADUANERO*. Editorial Ibáñez. Primera Edición 2009.
- Bernal Pulido. Carlos. *EL DERECHO DE LOS DERECHOS*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición 2005.
- Decreto 2685 de 1999.
- Paginas de Internet : [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co) y [www.corteconstitucionalcolombiana](http://www.corteconstitucionalcolombiana).



## **CAUSAS DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN RELACIONADOS CON EL CONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**

*Luís Miguel Villalobos Alvarez*

### **RESUMEN**

La reforma al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, que consagra el objeto de la jurisdicción contenciosa, al consagrar el criterio orgánico, incrementó los ya poco frecuentes conflictos de jurisdicción que se presentan entre la jurisdicción ordinaria y contenciosa por el tema de la competencia para conocer procesos de ejecución por la jurisdicción contenciosa, pues antes de la aludida reforma, estaba claro que dicha competencia se circunscribía sólo a aquellos títulos de origen contractual o que derivaran de una sentencia condenatoria impuesta por la jurisdicción contenciosa, pero ahora surgen dudas sobre las ejecuciones que tienen origen en un acto administrativo, en pólizas o garantías de seguro, laudos arbitrales, títulos valores, facturas de venta y en la ley, como es el caso de la prestación de servicios de salud.

### **PALABRAS CLAVES**

Proceso, ejecución, título ejecutivo, contrato estatal, acto administrativo.



## INTRODUCCION

La jurisdicción contenciosa administrativa, se ha caracterizado por conocer principalmente de procesos de cognición y no de ejecución, de manera que el conocimiento de estos últimos ha sido excepcional. Así mismo, ha sido escasa la regulación normativa sobre la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de los procesos de ejecución; es así, como actualmente, podemos señalar sólo dos normas, estas son, el artículo 75 de la ley 80 de 1993 y el numeral 11 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; el primero de ellos se refiere a la competencia para conocer de ejecuciones derivadas de contratos y el segundo, a las ejecuciones derivadas de sentencias condenatorias proferidas por la misma jurisdicción.

La aparente claridad que daban las precitadas normas, se empañó con la reforma que la ley 1107 de 2006 le introdujo al artículo 82 del Código Contencioso, ya que el original artículo 82 del C.C.A., consagraba un criterio material o funcional para determinar el objeto de la jurisdicción contenciosa, lo que significaba que no toda controversia que derivara de la actuación de las entidades públicas, eran de conocimiento de la jurisdicción contenciosa, sólo aquellas que tenían naturaleza administrativas. Con la reforma, se adoptó el criterio orgánico, lo que implica que toda controversia que surja de la actividad de una entidad pública es de conocimiento de la jurisdicción contenciosa, por regla general. Este criterio, es entonces más incluyente, involucrando de tal manera, a las controversias sobre ejecución, generando nuevamente una gran controversia sobre dicha competencia.

La citada controversia sobre la competencia de la jurisdicción contenciosa en materia de ejecución, trató de ser zanjada por el Consejo de Estado, mediante el Auto de febrero 8 de 2007, en el que interpretó el nuevo artículo 82 ibídem, en el sentido de que la norma habla de controversias y litigios y los procesos de ejecución no son ni litigios y controversias, por lo que la competencia en esa



materia, debía ser la señalada en los artículo 75 de la ley 80 de 1993 y el numeral 11 del artículo 136 del C.C.A

A pesar de la posición adoptada por el Consejo de Estado, no ha existido una posición muy clara y uniforme de los jueces de la jurisdicción ordinaria, lo que ha conducido a constantes conflictos de jurisdicción, con lo cual se perjudica ostensiblemente los intereses de las partes involucradas en el proceso, especialmente al acreedor demandante.

Por lo anterior, es necesario analizar las causas que generan los conflictos de jurisdicción en torno a los procesos de ejecución ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para lo cual resulta pertinente identificar las causas de los conflictos de jurisdicción en torno a los procesos de ejecución ante la jurisdicción contenciosa administrativa, analizar la naturaleza de los procesos de ejecución, determinar los alcances de la reforma del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, respecto de los procesos de ejecución y establecer los requisitos de los títulos ejecutivos que se pueden hacer valer ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

La falta de claridad sobre la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de los procesos de ejecución, genera cierta inseguridad jurídica, lo que puede afectar los intereses de los usuarios de la justicia, quienes pueden ver en peligro la recuperación de sus créditos por la ocurrencia del fenómeno de la caducidad de la acción en algunos casos y en otros por la demora del proceso como consecuencia de los conflictos de jurisdicción que suelen presentarse y que requiere de la intervención de un tercer juez (Consejo Superior de la Judicatura), lo que a su vez demanda un trámite adicional, por lo que resulta entonces necesario, identificar las causas que conllevan a esa falta de claridad y por ende a los aludidos conflictos de jurisdicción.



La estrategia metodológica utilizada en la presente investigación, es la investigación jurídica dentro del tipo Jurídico-propositiva, ya que se analizarán el sistema normativo que contempla la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en materia de procesos de ejecución, así como la evolución jurisprudencial, a fin de proponer posibles soluciones a las discrepancias que actualmente se presentan en cuanto a la competencia de la jurisdicción contenciosa en materia de procesos de ejecución.

## **CONTENIDO**

La acción ejecutiva, constituye la herramienta por naturaleza expedita, para obtener el cumplimiento de una obligación, contenida en un documento público o privado, que a su vez debe reunir condiciones formales y esenciales, para que pueda prestar mérito ejecutivo, de tal forma que sea viable su cobro judicialmente. Las condiciones del título, las extraemos del artículo 488 del C. P. C.; las formales, se refieren a que el documento que se pretenda hacer valer, debe provenir del deudor; es decir, de la persona que se demanda, o de su causante y debe constituir plena prueba en su contra, en otras palabras, que sea original o auténtico, a menos que se trate de un título valor, - que sólo puede ser anexado en original-; sin embargo hay documento que no es posible que se anexen en original, como los derivados de providencias judiciales y actos administrativos. A su vez, las condiciones esenciales, hace relación a que la obligación contenida en el documento debe ser clara, expresa y exigible; dichas condiciones esenciales o de fondo, se deben reunir de manera concurrente y no alternativa, de tal manera que la ausencia de una cualquiera de ellas, vicia el título, de tal forma que lo hacen perder su carácter de ejecutivo.

La claridad implica transparencia, esto es, que la obligación no necesite de un gran esfuerzo de interpretación o de conclusiones deductivas para determinar su contenido; lo expreso es la exteriorización de los elementos y condiciones de la obligación de una forma clara, y escrita; necesariamente la obligación al ser



expresa debe ser clara; por último la calidad de exigible, no significa otra cosa que, al momento de ejercitar el derecho de acción, el deudor está en la obligación legal de cumplir con la misma, ya sea por que feneció el plazo o porque se cumplió la condición pactada, constituyéndose así al deudor en mora.

Reunidos los requisitos del 488 del C.P.C., y presentada la demanda, lo primero que debe hacer el funcionario judicial al que le correspondió el conocimiento, es determinar la competencia, para así proceder a estudiar el título de fondo o en su defecto remitirlo por competencia a quien si lo es; la competencia para los Jueces Administrativos en procesos ordinarios fue ampliada con la reforma que tuvo el objeto de la jurisdicción contenciosa (art. 82 del C.C.A.), por la ley 1107 de 2006, que cambió el factor material o funcional por el factor orgánico, esto quiere decir que no se tiene en cuenta que la controversia provenga del ejercicio de actividad administrativa, sino simplemente, que provenga de la actividad –cualquiera sea la naturaleza de ésta- de una entidad pública.

La modificación del artículo 82 del C.C.A., no ha logrado acabar con los conflictos de jurisdicción entre la Jurisdicción Ordinaria y la Contenciosa; la nueva regla de competencia, ha dado lugar, a que se presente ante los Jueces administrativos acciones ejecutivas diferentes a las derivadas directa o indirectamente de un contrato estatal, o de una condena impuesta por la Jurisdicción Contenciosa, que son los únicos eventos en los que de manera privativa conocen los Jueces Administrativos.

La discusión se ha presentado a causa, de que el artículo 82 del C.C.A., establece que de toda controversia o litigio originados en la actividad de una entidad pública, conocerá la Jurisdicción Contenciosa, este objeto al ser tan amplio ha llevado a muchos a pensar que también se extendió la competencia en las acciones ejecutivas, independientemente del origen de la obligación, criterio que no compartimos, pues si hablamos de ejecutivos, no nos encontramos ante una controversia o un litigio; sino que partimos de la base que al momento de librar



mandamiento de pago, la obligación al ser clara, expresa y exigible, es cierta e indiscutible y como consecuencia se expide una orden de pago; además el deudor debe proceder a cancelar la obligación dentro de los cinco (5) días después de notificado del auto que libró mandamiento de pago; tan cierto es lo anterior, que no es viable la conciliación prejudicial en los ejecutivos, ésta sólo se puede dar en vía judicial, siempre y cuando se hayan presentado excepciones de fondo.<sup>34</sup>

Ahora el hecho de que la competencia esté fijada en el artículo 75 de la ley 80 de 1993<sup>35</sup> y en el numeral 7 del artículo 134B del C.C.A., no significa que no se presente inconveniente para radicar la competencia de los jueces administrativos, ya sea unipersonal o colegiado, muchas veces se encuentran eventos que ofrecen serias dudas, pero siempre se debe partir de la base de ubicar el título ejecutivo en alguna de las dos normas arriba citadas.

Podemos afirmar que en materia de procesos de ejecución, la competencia de la jurisdicción Contenciosa, está determinada principalmente por el origen de la obligación; así tenemos, que se reduce a aquellos casos en que el título provenga de un contrato o de una sentencia condenatoria proferida por la jurisdicción contenciosa.

### **Ejecutivos de origen contractual**

Son diversos los documentos que pueden servir de título ejecutivo, así tenemos:

#### *El contrato*

En estos quedan involucrados todos los contratos, o mejor todos los actos jurídicos generadores de obligaciones, realizados por las entidades públicas a que

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de febrero 8 de 2007, C.P. Enrique Gil Botero. Exp: 30903

<sup>35</sup> Estatuto de la Contratación Estatal.



se refiere el numeral 1°, artículo 2 de la ley 80 de 1993, son contratos estatales<sup>36</sup>. Los títulos ejecutivos contractuales, que se ventilan ante la Jurisdicción Contenciosa, en ningún caso pueden ser constituido en audiencia u otra diligencia, como un acta de conciliación; se parte de la preexistencia de forma palpable del contrato, valga decir por escrito y que cuente con los requisitos de perfeccionamiento, denominados también de existencia y los de ejecución<sup>37</sup>; un contrato no perfeccionado o que no se pueda ejecutar su objeto, no prestará mérito ejecutivo; por esta razón es que, los títulos ejecutivos que se estudian en la jurisdicción contenciosa, por regla general son de los llamados complejos, es por ello, que en el caso de los contratos, aunque estos son fuente de obligaciones, por si sólo no pueden prestar mérito ejecutivo, debido a que necesita de otros documentos que ayuden al funcionario a determinar la claridad, lo expreso y lo exigible de la obligación, lo que sólo se da cuando se anexa a la demanda ejecutiva el contrato, con su respectiva disponibilidad presupuestal y aprobación de la garantía única de cumplimiento, mas todos aquellos documentos a que se refiere el contrato, como actas de cumplimiento o de recibo de la obra, en fin todos aquellos que se requieran para establecer, los alcances y efectos de la obligación de la cual se busca su cobro judicial.

#### *La liquidación del contrato*

La liquidación procede generalmente frente a contratos de ejecución sucesiva y ella puede producirse en forma bilateral- en cuyo caso constará en acta- o unilateral por la entidad contratante –en cuyo caso constará en un acto administrativo-. Tanto el acta como el acto administrativo prestan mérito ejecutivo.

Ahora bien, cuando se pretenda ejecutar con base en la liquidación del contrato – bien sea bilateral o unilateral- , el título no es complejo sino simple, siempre que reúna los requisitos del 488 del C.P.C.; lo anterior en virtud de que la liquidación,

<sup>36</sup> Artículo 30 de la ley 80 de 1993.

<sup>37</sup> Ley 80 de 1993, artículo 41



al tener el balance final de cuentas entre las partes contratantes, extingue el contrato y ya no se hace necesario integrarlo con otro documento, es más, consideramos que el acta de liquidación del contrato constituye una verdadera novación de la obligación, en la medida, que muchas veces el saldo insoluto no corresponde al valor del contrato, puede ser menor, si se ha cancelado parte del mismo como pago anticipado o se dio un anticipo; o puede ser superior, si por la ejecución del objeto se generaron nuevos gastos como obras complementarias o cualquier otro gasto en los que tuvo que incurrir el contratista, por causa imputable a la entidad contratante; incluso puede ocurrir que el acreedor del saldo que estipule el acta de liquidación sea a favor de la contratante y no del contratista. Es importante resaltar que cuando esté de por medio un acta de liquidación del contrato, el título ejecutivo es simple<sup>38</sup>, no se necesita de otro documento para que preste mérito, pues decir lo contrario sería partir de la base de la existencia de dos títulos ejecutivos, el conformado por el contrato y sus anexos y el del acta de liquidación, desdibujando así la figura de la liquidación de los contratos estatales, incurriendo así en un doble cobro<sup>39</sup>; no es lógico que liquidado el contrato se ejecute al deudor, con base en el contrato, que pierde vigencia, con la liquidación, se finiquita o extingue el contrato.

#### *Título Valor*

Normalmente el pago del precio de los contratos estatales, se hace a través de títulos valores, principalmente cheques. No son poco frecuentes los casos en los cuales no se logra hacer efectivo el importe del título, por diferentes razones, entre ellas la de inexistencia de fondos o fondos insuficientes. Frente a esta situación, le corresponde al contratista acudir al proceso ejecutivo; ahora bien, ante qué jurisdicción debe hacerlo?. Para responder el interrogante, debemos precisar que

<sup>38</sup> Consejo de estado. Sección Tercera Auto de enero 24 de 2007. C.P. Ruth Stela Correa Palacio Exp. N°31825. Véase también. Sección tercera Auto de 19 de julio de 2006, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>39</sup> Consejo de estado. Sección Tercera Auto de agosto 30 de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández enríquez Exp. N°16256.



hasta el año 2003 existió discrepancia entre Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues el Consejo Superior de la Judicatura, consideraba que siempre que existía un título derivado de un contrato estatal, la competencia le correspondía a la Jurisdicción Contenciosa, y el Consejo de Estado por su parte, radicaba la competencia en los Jueces Civiles del Circuito y en consecuencia ordenaba la remisión de la demanda ejecutiva, por falta de jurisdicción<sup>40</sup>.

Es necesario tener en cuenta, que el título valor es un documento autónomo, que siempre debe constar en original, es de contenido crediticio, o representativo de mercancías; el cual es firmado unilateralmente por el deudor y generalmente, sólo quien lo porte de buena fe está legitimado para ejercitar el derecho literal incorporado en el título llámese letra de cambio, cheque, etc; lo anterior partiendo que el documento constituido como título valor, cuente con los requisitos que consagra el Código de Comercio; sólo así prestaría mérito ejecutivo, ejecución de la que en principio no es competente los jueces administrativos.

Para que dentro de un contrato estatal, salga a relucir un título valor, implica que sea utilizado como medio de pago a la prestación que ejecutó el contratista, si a causa de ello se cancela la obligación, jurídicamente habría otro contrato terminado o extinguido, dependiendo si hubo o no liquidación del contrato; pero si a pesar de existir el título valor, ejemplo cheque, y este es rechazado por insuficiencia de fondos, el contratista tiene dos caminos, el primero presentar una acción de controversias contractuales, por el incumplimiento de una de las obligaciones de la entidad contratante, que es el pago del contrato, o presentar la acción ejecutiva<sup>41</sup>, como segunda opción; el dilema se presenta al determinar cuál

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de febrero 21 de 2002. Expediente N°19270. C. P. Dr. Alier e. Hernández Enríquez.

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de noviembre 22 de 2001. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp: N° 14852



es el título ejecutivo que se debe hacer valer judicialmente, el título valor o el contrato?.

Si opta por ejecutar utilizando como título el contrato, no cabe duda que la competencia le corresponde a la jurisdicción contenciosa; pero si pretende ejecutar con el título valor, para determinar la competencia, es necesario hacer las siguientes precisiones:

i.- Si el título valor no ha circulado, se puede integrar con el contrato como título complejo y promover el proceso ante la jurisdicción contenciosa.

Cuando los títulos ejecutivos se conforman con títulos valores abstractos como lo son el cheque, la letra de cambio y el pagaré, hay que partir de la base de su circulación o no; dado que, si el Código de Comercio permite que se propongan excepciones del negocio causal, cuando las partes siguen siendo las mismas del contrato que le dio origen al título valor, se debe llegar a la conclusión de aplicar el régimen jurídico sobre el cual se originó la relación contractual entre las partes que suscribieron el contrato primigenio, volviéndose así un sólo título ejecutivo, y de los llamados complejos, perdiendo así la literalidad y autonomía del título valor, lo que radicaría la competencia en la Jurisdicción Contenciosa.

El H. Consejo de Estado al cambiar su jurisprudencia estableció los requisitos que se deben tener en cuenta, para determinar la competencia o no de la Jurisdicción Contenciosa de los ejecutivos, cuando coexistan con el contrato, un título valor.

- a) *Que el título valor haya tenido como causa un contrato estatal.*
- b) *Que el contrato del que se trate sea de aquellos de los que conoce la jurisdicción contenciosa administrativa.*
- c) *Que las partes del título lo sean también del contrato.*



d) *Que las excepciones derivadas del contrato sean oponibles en el proceso ejecutivo.*<sup>42</sup>

ii.- Si el título valor ha circulado, se puede ejercitar la acción cambiaria, pero ante la jurisdicción ordinaria, pues la circulación hace que el título se desligue del negocio causal (contrato estatal, por ej.), haciéndole perder su origen. Es procedente la acción cambiaria, debido a que la literalidad y autonomía del título valor, (que por regla general es un cheque), así lo indican; sin embargo el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio nos dice que, entre las partes que hicieron parte del negocio causal que le dio origen al título valor se pueden oponer las excepciones que de dicho negocio se originen; el numeral es claro al hablar que entre las partes o terceros que no sean de buena fe, siempre que aparezca como demandante; es decir que coincidan los sujetos del negocio causal con los del título valor; lo anterior lo podemos interpretar de dos formas, la primera es que, no necesariamente el sentido que se le debe dar a esta norma es, que nos debemos a apartar de la legislación comercial, para aplicar únicamente las normas que rigen el negocio causal, en este caso la de los contratos estatales, aplicando en su máximo esplendor la teoría de causalidad de los títulos valores; pues lo que dice a su tenor literal es que cuando las partes del negocio causal coincidan en virtud del ejercicio de la acción cambiaria, se abre la puerta para que se estudie los vicios que se originaron en su relación primigenia, y la segunda es que apliquemos en su totalidad el derecho común, en este caso las normas concernientes a los contratos de ley 80 y que se desconozcan el régimen comercial.

De lo anterior se puede deducir que las dos conclusiones son totalmente lógicas; pero el numeral 12 del artículo 784 del C.C., nos indica: que cuando no ha circulado uno cualquiera de los títulos a la orden o al portador, como lo son la letra de cambio, el pagaré y el cheque por excelencia, o llamados títulos valores

<sup>42</sup> *Ibídem.*



abstractos, tal situación, integra el negocio causal al título valor, la pregunta es que: si lo anterior implica que se aplique únicamente las normas del negocio causal, o que estas se le aplique a la acción cambiaria, pues como es lógico todo cambiaría, el término de prescripción por ejemplo, entre otras muchas figuras jurídicas que trae cada tipo de acción.

### *La Garantía Unica*

Otro punto que vale la pena, referirse, es la ejecución de la garantía única, procedimiento estipulado en el artículo 19 del Decreto 679 de 1984, que establecía que las garantías continuaban haciéndose efectivas por jurisdicción coactiva, artículo que fue declarado nulo por el Consejo de Estado, quien manifestó en la sentencia que dicha norma no sólo excedió la facultad reglamentaria otorgada por la ley 80 de 1993, sino que además violó el artículo 75 de la misma ley. De igual forma dejó en claro que la exigibilidad de la garantía, tenía como fuente un contrato estatal, y por lo tanto la competencia es del Juez Contencioso Administrativo; el título ejecutivo sería complejo, y se integraría con el acto administrativo debidamente motivado, que ordene hacer efectiva la garantía, la liquidación final del contrato, o la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación del contrato según el caso<sup>43</sup>.

### *Actos Administrativos.*

Los actos administrativos, una vez ejecutoriados, gozan de ejecutabilidad y si reúnen los requisitos del artículo 488 del C.P.C., prestan mérito ejecutivo; sin embargo para que la ejecución se adelante ante la jurisdicción contenciosa, es necesario que se trate de un acto administrativo de origen contractual, esto es, que se haya expedido durante la ejecución o liquidación del contrato; así sería por ejemplo una resolución por la cual se imponga una multa al contratista.

<sup>43</sup> Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de agosto 24 el 2000 C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros Exp No. 11318



Con ocasión de lo preceptuado en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, el Consejo de Estado ha considerado que la intención del legislador fue la de radicar en un solo juez (contencioso), la resolución de todas las controversias que se deriven directa o indirectamente de los contratos; es por ello que respecto de los actos contractuales, así como de la garantía única, la administración perdió el privilegio de la jurisdicción coactiva, consagrado especialmente en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

Así, por ejemplo, las ejecuciones de los actos administrativos, debidamente ejecutoriados, como los que imponen sanciones, expedidos de la DIAN, en muchos casos se ejecutan a través del procedimiento coactivo, y en otros como los que reconocen prestaciones periódicas, es competente el Juez Ordinario Laboral, de acuerdo al numeral 5 del artículo 2 del C.P.T. y de la S.S., de acuerdo a lo anterior podríamos decir que la competencia de las ejecuciones de los actos administrativos va a depender a favor de quien está reconocido el derecho incorporado en el acto, así las cosas si es a favor de la entidad pública, el procedimiento es el coactivo, pero si quien ejecuta es un particular y por asuntos laborales, la Jurisdicción es la ordinaria Laboral; claro, lo anterior sin perjuicio, que el acto administrativo a ejecutar provenga de un contrato estatal, caso en el cual siempre será competencia del Juez Contencioso.

De la misma forma los actos administrativos que contengan una obligación de dar, hacer o no hacer, que no se deriven de contratos estatales o de condenas impuestas en la Jurisdicción Contenciosa, siempre serán del Juez Ordinario ya sea civil o laboral según el caso; conocerlo, sería exceder la competencia otorgada por el legislador.

### **Sentencias Condenatorias**

La otra regla de competencia en materia de ejecuciones, son los originados en condenas impuestas por la jurisdicción contenciosa administrativa; este tema no



ha sido menos espinoso que los ejecutivos contractuales, pues la doctrina aún no ha unificado su criterio para determinar quien es el juez competente, para conocer de las ejecuciones derivadas de condenas, es así como jurista tan importantes como Juan Ángel Palacio Hincapié, considera que la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de ejecuciones cuyo título lo constituya una sentencia, se da cuando la sentencia condenatoria es de origen contractual; de tal manera que frente a las demás sentencias (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, etc) proferidas inclusive por la misma jurisdicción, son de competencia de la jurisdicción ordinaria.<sup>44</sup> Igualmente existen otros autores que consideran que la jurisdicción contenciosa es competente para conocer de los procesos de ejecución cuando el título es una sentencia condenatoria proferida por esa jurisdicción, sin importar el origen, esto es que sea contractual, reparación directa u otra.<sup>45</sup>

Por otro lado, existe una aparente contradicción entre lo preceptuado en el artículo 134B, adicionado por la ley 446 de 1998 y el 177 del C.C.A. el 177 señala: *“Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial, o descentralizada al pago de o devolución de una cantidad liquida de dinero,( ...) Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria...”* (subrayas fuera del texto).

A su turno, el artículo 134B numeral 7 informa: *“Los jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

(...)

<sup>44</sup> PALACIO HINCAPIÉ Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 6ª edición. Segunda Reimpresión 2008. Pag. 391. Vease también MOSQUERA MARTÍNEZ Laura Sofía- El Proceso Ejecutivo en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Editorial Leyer Bogotá 2005. Pag. 80

<sup>45</sup> TRIANA PERDOMO, José Marcelino Editorial Ediciones Doctrina y ley Ltda. Bogotá 2003 Pagina 19



*7. De los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción contencioso-administrativa...”.*

De la lectura de las normas en cita, se evidencia que mientras el artículo 177 radica la competencia en la jurisdicción ordinaria para conocer de la ejecución de condenas, el numeral 7 del artículo 134B la radica en cabeza de la jurisdicción contenciosa. A nuestro juicio, el aparente conflicto lo podemos resolver teniendo en cuenta, en primer lugar, que la ley 446 de 1998, es una ley procesal, lo que la hace una norma especial; además de ser posterior; en cambio que el artículo 177, salvo los incisos adicionados por la misma ley 446, es una norma que nació con el Código Contencioso Administrativo, esto es Decreto 01 de 1984; lo anterior quiere decir que por temporalidad y especialidad, debe prevalecer la ley 446 de 1998; pues con ésta última, se expiden normas nuevas para el Código Contencioso Administrativo; normas que en la gran mayoría son adjetivas al señalar la competencia de los Jueces Administrativos, reglas que son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Sobre este punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha tenido posiciones encontradas, respecto al tema; es así como en el año 2000, consideró , que la Jurisdicción Contenciosa, es competente de la ejecuciones derivadas de las sentencias condenatoria; sin referirse al conflicto aparente entre el artículo 134B y 177 del C.C.A.;<sup>46</sup> por su parte la misma sección en el año 2001, hace un estudio a las luces de la ley 446 , llegando a la conclusión, que no hay conflicto aparente en vista que, el artículo 134B del C.C.A., o mejor la ley 446 de 1998, al considerar que: “el propósito de esta disposición no fue tanto el de atribución de competencia, tal circunstancia venía prevista desde el art. 75 de la ley 80 de 1993, con la plena aceptación de la jurisprudencia nacional, en cuanto a el procedimiento a seguir en estos casos. Lo que conviene aclarar, por las dudas que

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Auto de agosto 3 de 2000. C.P. Alíer Hernández Enríquez Exp: 14368



podiera suscitar la redacción de la norma, (artículo 87 del C.C.A.), es que la situación que se ha venido planteando no varió con la expedición de la ley 446 de 1998; la regla que atribuye competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para la ejecución de las sentencias que ella misma profiera, se circunscribe a materias propias de los contratos estatales, quedando a cargo de la jurisdicción ordinaria las demás.”<sup>47</sup>

El panorama anterior fue aclarado en el año 2005, en el que se hace un estudio a fondo de las disposiciones mencionadas y terminan concluyendo que la competencia de los Jueces administrativos para conocer de las ejecuciones derivadas de condena, es sobre toda providencia condenatoria, independiente del tipo de acción, del que se derive; sólo es menester que la obligación esté contenida en una sentencia, o en un auto condenatorio<sup>48</sup>.

Habiendo quedado claro la competencia de los ejecutivos derivados de condenas, pasemos a establecer los requisitos, que debe cumplir la providencia, y decimos providencia porque puede ser una sentencia o un auto, como por ejemplo, el que imparte aprobación de un acuerdo conciliatorio, de esta forma tenemos que la providencia:

Debe estar ejecutoriada,

Debe estar en copia autentica y ser la primera que se expide, por ley, es la única que presta merito ejecutivo; salvo que se expidan una copia sustitutiva de la primera, a las luces del artículo 115 del C.P.C.,

Que la obligación contenida en la sentencia sea clara y expresa; en caso que la condena sea en abstracto, se debe integrar el título ejecutivo, con los documentos, que le brinde al Juez dichos requisitos, por ejemplo el auto que resuelve el

<sup>47</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera auto de 7 de junio de 2001 C.P. María Elena Giraldo Gómez Exp:19475.

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera auto de 3 de agosto de 2006 C.P. Alier E. Hernández Enríquez Exp:32499



incidente de liquidación de la condena, el acto de la administración dándole cumplimiento a la decisión judicial, o sendas certificaciones, en el que conste todos los emolumentos salariales del actor, entre otros y

Que la obligación sea actualmente exigible, esto quiere decir que hayan transcurrido el término de 18 meses, de que habla el artículo 177 del C.C.A., salvo que se trate de condenas derivadas de la acción de controversias contractuales, caso en el que ya se encuentra decantado jurisprudencialmente, que no están sujetas a dicho término,<sup>49</sup> como quiera que previo a la ejecución del contrato, la entidad contratante ya tiene designados y presupuestados los recursos económicos con los que cancelará la prestación del contratista, dinero que aunque no se pague en los plazos pactados no pueden desviarse, menos si se encuentra pendiente un litigio.

Así las cosas, por regla general, siempre que se quiera ejecutar una sentencia condenatoria, deberá integrarse un título ejecutivo complejo, pues de otra forma el juez, se pronunciará no librando mandamiento de pago, por falta de claridad de la obligación.

Un tema que podríamos decir que, se deriva del anterior, es el de las ejecuciones por obligaciones de hacer, o no hacer, siempre que se encuentren contenidas en una sentencia condenatoria, como por ejemplo la orden del reintegro de un funcionario al cargo; en estos casos la competencia es de los jueces administrativos; no porque exista regla independiente de competencia para ello, sino porque se encuentra subsumida en las ya estudiada, de ejecutivos derivados de contratos estatales y de sentencias condenatorias dictadas en la jurisdicción contenciosa.

---

<sup>49</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Auto de julio 30 de 1997. C.P. Dr. Carlos Betancurt Jaramillo Exp: 13260.



Habiendo determinado la competencia del Juez Contencioso, nos resta, desde la experiencia indicar, algunos casos que se prestan a confusión, como lo son los títulos valores que no derivan directa o indirectamente de un contrato estatal, tal sería el caso, de los préstamos que hacen entidades autónomas y especializadas en el manejo de recursos de crédito, como por ejemplo el Fondo para el Financiamiento del sector Agropecuario FINAGRO, quienes realizan crédito garantizados con título valor (pagaré), en este caso la fuente de la obligación no es un contrato estatal y en consecuencia debe remitirse por competencia a los Jueces Civiles del Circuito; sin embargo se debe hacer la salvedad que sólo en relación a particulares; porque, cuando exista una entidad estatal, autorizada para contratar; aunque sea el giro ordinario de los negocios de las entidades financieras<sup>50</sup>, el competente indiscutiblemente es el Juez de lo Contencioso. De igual forma, los Jueces Civiles del Circuito son competentes, cuando se establezcan obligaciones de hacer a cargo de entidades públicas, siempre que la obligación no esté contenida en un título que sea de competencia de los Jueces Administrativos, como por ejemplo una sentencia, que ordene la liquidación de un contrato estatal.

### **Servicios de Salud**

La ley 100 de 1993, en su artículo 168, establece la atención inicial de urgencia, esta atención no necesita contrato u orden previa, y puede llegar el caso que quien debe responder por los servicios prestado sea una entidad pública; teniendo en cuenta que la fuente de la obligación es legal y no contractual, de igual forma la Jurisdicción Contenciosa no es competente, a raíz que las reglas de competencia sólo las expide el legislador y que no se encuentra comprendida en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, ni el numeral 7 del artículo 134B del .C.C.A<sup>51</sup>;

<sup>50</sup> FINAGRO, IFI, FEN, Banco Agrario de Colombia S.A., Fiduprevisora, Icetex, Findeter., etc

<sup>51</sup> Consejo de Estado Sección Tercera Auto de julio 7 de 2001 C.P. María Elena Giraldo Gómez Exp. No. 19475



## **Laudos Arbitrales**

De otra parte tenemos los laudos arbitrales, que han dado lugar a gran discusión en las altas cortes, sobre todo en lo que tiene que ver en la facultad del propio Tribunal de Arbitramento, para conocer de las ejecuciones de sus laudos,<sup>52</sup> considerados como verdaderas sentencias; actualmente el Consejo de Estado ha manifestado que es la Jurisdicción Ordinaria la competente, para conocer de las ejecuciones de los laudos arbitrales; al deducir que la ley 80 de 1993 no trae norma que otorgue dicha competencia al Juez de lo Contencioso, sino que regula aspectos concerniente a los tribunales de arbitramento, que se pueden conformar para la resolución de los conflictos, que se presenten en la actividad contractual, y que, el mismo estatuto de contratación estatal, remite al Decreto 2279 de 1989, por medio del cual se implementan los sistemas de solución de conflictos, entre particulares; así las cosas se aplicaría en su totalidad el artículo 40 de la norma ibídem, por ser una norma especial; esto no quiere decir que se esté actuando en contra de lo preceptuado por el artículo 75 de la ley 80 de 1993; sino que una cosa es la ejecución de los laudos arbitrales y otra la competencia general de las ejecuciones derivadas de forma directa e indirecta de los contratos estatales<sup>53</sup>.

## **Facturas de Servicios Públicos Domiciliarios**

Este tema no ha sido menos espinoso que los demás; sólo hasta el año 2001 se le dio un poco mas de claridad, anteriormente la jurisdicción ordinaria y la contenciosa reclamaban dichos asuntos como suyo, al no existir norma expresa que fijara los casos, en que cada jurisdicción debía entrar a conocer, es así como la ley 142 de 1994 en su artículo 31, estableció que la jurisdicción contenciosa era

<sup>52</sup> Corte Constitucional, sentencia C-384 de 2000 exp. 2559 y D- 2586 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Consejo de Estado Sección Tercera. Auto de diciembre 13 de 2001 Exp. 15310 C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>53</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso administrativo .Sección Tercera, Auto de noviembre 13 de 2003 C.P. Ricardo Hoyos Duque Exp: 23757



la competente para el control de legalidad de los actos (contratos) en los que se ejercitaran las cláusulas exorbitante pactadas, pero la ley que regula la prestación de los servicios públicos estableció que la empresas que prestaran dichos servicios están sometidas al derecho privado, lo que inmediatamente le asignaba la competencia a los jueces de la justicia ordinaria.

Las cosas no mejoraron con la expedición del estatuto de contratación, que establece que todo contrato que realice una entidad pública era de competencia del juez contencioso administrativo, en virtud del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, inclusive aquellos en los que la entidad territorial era la contratante y tenía como objeto de que el prestador (empresa de servicios públicos) asumiera la prestación de uno o varios de los servicios públicos; posteriormente el Consejo de Estado dijo que independiente del régimen aplicable al contrato que realizar la prestadora, si lo hacía en ejercicio de función administrativa (Criterio Funcional) era de competencia de la jurisdicción contenciosa. Todo esto llevaba a que las ejecuciones por las deudas que generaba la prestación de los servicios domiciliarios, fueran cobradas ante los Tribunales Administrativos, utilizando como título ejecutivos las facturas de cobro, conformando un título complejo con el contrato de condiciones uniformes.

Sumado a lo anterior, la ley 142 de 1994, le dio a las facturas de los servicios públicos domiciliarios, la naturaleza de actos administrativos, lo cual inmediatamente inclinó la balanza a favor de la jurisdicción contenciosa para conocer de las ejecuciones de dichas facturas, teniendo en cuenta que es el juez contencioso el juez natural de los actos administrativos.

El panorama plasmado fue aclarado con la expedición de la ley 689 de 2001, por la cual se modifica parcialmente la ley 142 de 1994, que en su artículo 18, establece que las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria, o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las Empresas Industriales y Comerciales del



Estado prestadoras del servicio público, de esta forma no hay lugar a discusión respecto de la competencia, cuando se trate de ejecuciones por la prestación de servicios públicos, siempre será de los jueces ordinarios (área civil), salvo que la prestadora sea una E.I.C.E., en cuyo evento puede acudir a la jurisdicción coactiva.

### **Aspectos Procesales**

Es importante antes de concluir, plantear algunos aspectos del procedimiento aplicable a las acciones ejecutivas que se ventilan en la jurisdicción contenciosa, que aunque se crea que tiene título especial en el código contencioso administrativo, se debe dejar en claro que no y que las únicas normas procesales que trae son las concernientes al proceso ordinario contencioso que nace de las acciones consagradas en los artículos 84 al 87 ibídem; entonces qué ocurre con los procesos ejecutivos en la jurisdicción administrativa, si por ejemplo en las demás ramas en donde existe la posibilidad de ejercitar el derecho de acción por la vía ejecutiva, les fue estatuido su propio procedimiento, es así como en laboral lo encontramos en los artículos 100 y siguientes del C.P.L., que aunque sólo son 11 artículos son suficiente herramienta para que se le dé un buen desarrollo judicial a la obligación impagada. Ni hablar del procedimiento civil, padre de los demás códigos procesales, no podemos pasar por alto que todos remiten a él de forma general<sup>54</sup>, salvo las demás jurisdicciones como la penal o penal militar que no manejan este tipo de acciones judiciales, todo queda subsumido en el incidente de reparación integral, (Ley 906 de 2004), o demanda de parte civil (Ley 600 de 200), nos quedaría la jurisdicción constitucional, la indígena y la de los jueces de paz, que no tienen establecidos esta clase de procesos.

<sup>54</sup> Art.-267 del C.C.A; Art.-100 del CPT y SS, entre otras normas; Art.-23 del C. P. P. (Ley 600/00) Art.-25 C.P.P (Ley 906/04).



El proceso ejecutivo que se ventila en civil que para este caso envuelve el comercial (ejecutivo con título valor), también encontramos algunos aspectos del laboral, y la totalidad del administrativo, tiene establecido en el código de procedimiento civil, toda una estructura invaluable y casi intacta a través de los años de normas aplicables a cada una de las clases de obligaciones existentes, (dar, hacer y no hacer), normas que son el soporte de cada proceso ejecutivo que se ventila en la jurisdicción contenciosa; lo anterior con la venia del código contencioso administrativo que en su artículo 267, contiene la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil; recalcamos, el Código Contencioso Administrativo, no contiene ninguna norma que se refiera a los procesos ejecutivos.

Sin embargo hay un punto que es importante mencionar, referente a la notificación a las entidades públicas del mandamiento de pago, en este tema existen posiciones encontradas, dado que algunos o mejor muchos aplican las normas del código de procedimiento civil para tal fin, esto es, los artículos 315, 318 y 320, este punto de vista bastante respetable, si tenemos en cuenta que en el código contencioso administrativo no existe herramienta o norma jurídica aplicable a los procesos ejecutivos; ahora está la otra posición, que es la que compartimos, la cual consiste en aplicar el artículo 23 de la ley 446 de 1998, por ser una norma especial que contiene el procedimiento para notificar de forma general a las entidades públicas de cualquier demanda en su contra, la norma no distingue sólo dice lo siguiente:

*ARTICULO 23. NOTIFICACIONES DE LAS ENTIDADES PUBLICAS.  
Cuando en un proceso ante cualquier Jurisdicción intervengan entidades públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación,*



*ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y sus anexos, del auto admisorio y del aviso.*

*En los asuntos del orden nacional que se tramiten en lugar diferente al de la sede de la entidad demandada, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional o, en su defecto, por medio del Gobernador o del Alcalde correspondiente, quien deberá al día siguiente al de la notificación, comunicarle lo ocurrido al representante de la entidad. El incumplimiento de esta disposición constituye falta disciplinaria.*

*Para todos los efectos legales, cuando la notificación se efectúe de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá surtida después de cinco (5) días de la fecha de la correspondiente diligencia.*

*En el expediente se dejará constancia de estos hechos, en diligencia que deberán suscribir el notificador y el empleado que lo reciba."*

Así las cosas, la anterior norma al ser especial y de orden público por ser adjetiva debe ser aplicada en todo su esplendor al momento de notificar la primera providencia en contra de una entidad pública.

Por último es importante resaltar que el Consejo de Estado siempre ha mantenido una línea jurisprudencial recta, en lo que tiene que ver con la competencia de los jueces administrativos, en el sentido que en sus pronunciamientos deja por sentado que ésta se deriva única y exclusivamente en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 134B del C.C.A., lo que se ha presentado de manera eventual es el perfeccionamiento de algunos aspectos como por ejemplo los títulos



valores, las facturas de los servicios públicos domiciliarios; pero siempre dentro del marco de la competencia que hoy alardeamos, entonces porqué la existencia de tantos conflictos negativos de competencia?

Como podemos apreciar, y haciendo un estudio exhaustivo de las sentencias en las que se fundamentó la investigación, la más actual data del año 2007, en ninguna ha aparecido otra regla de competencia distinta a las ya conocidas desde la creación del código contencioso en 1984 y a la expedición del estatuto de contratación estatal en el año 1993, lo anterior implica que una de las razones por las cuales se presentan los conflictos de competencia, es por desconocimiento de los pronunciamiento del Consejo de Estado, otra puede ser, que se cree que con la reforma al objeto de la jurisdicción contenciosa,<sup>55</sup> entrándose de ejecutivos no sólo se cambió de factor para determinar la competencia, sino que se asignaron nuevos asuntos, indistintamente del origen de la obligación que se quiera ejecutar.

Ahora también hay que aceptar que los títulos ejecutivos complejos que se ventilan ante la jurisdicción contenciosa, a veces son tan complejos que pueden hacer incurrir al funcionario judicial, en una mala valoración de los presupuestos procesales, especialmente cuando se trata de ejecutivos contractuales, éstos títulos deben estudiarse con sumo cuidado en pro de proteger siempre el erario público, mantener el debido proceso y el goce efectivo del derecho que tienen todos los asociados del efectivo, eficaz y oportuno acceso a la administración de justicia.

---

<sup>55</sup> Ley 1107 de 2006



## CONCLUSION

A manera de conclusión, podemos afirmar: por un lado, que la causa de los conflictos de jurisdicción que se presentan entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa, por el tema de la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de los procesos de ejecución, radica principalmente en la adopción del criterio orgánico para determinar el objeto de la jurisdicción contenciosa, ya que actualmente, en principio y por regla general, toda controversia que derive de la actividad de una entidad pública es de conocimiento de la jurisdicción contenciosa.

Una forma de precisar la competencia de la jurisdicción contenciosa en materia de ejecución, es teniendo en cuenta que el proceso ejecutivo no tiene la naturaleza o entidad de controversia ni de litigio, por tanto en ese tema, la competencia de la jurisdicción contenciosa, versa únicamente sobre los aspectos señalados en el artículo 75 de la ley 80 de 1993 y en el numeral 7 del artículo 134B del Código Contencioso, esto es contratos y condenas impuestas por la misma jurisdicción.

Por otro lado, las ejecuciones que tengan como título, títulos valores, facturas de servicios públicos domiciliarios, actos administrativos no contractual, obligaciones de hacer no contractual o ajenas a una sentencia condenatoria proferida por la jurisdicción contenciosa, prestación de servicios de salud, laudos arbitrales y garantías, por regla general no son de competencia de la jurisdicción contenciosa.

En otro sentido, en cuanto a los aspectos procesales del proceso de ejecución ante la jurisdicción contenciosa, por mandato del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, se rige por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, con excepción de la notificación del mandamiento de pago cuando el demandado es una entidad pública, en cuyo caso la notificación siempre será personal, en los términos del artículo 23 de la ley 446 de 1998.



## **BIBLIOGRAFIA**

- Corte Constitucional (1996), sentencia C-388, de agosto 22, MP. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional (1995), sentencia C-294, exp. D-791, MP. Dr. JORGE ARANGO MEJIA.
- Consejo de Estado (2006), Sección Tercera, auto de agosto 3, exp. 32499, MP. Dr. ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.
- Consejo de Estado (1994), Sala Plena, auto de noviembre 29, exp. S-414, MP. Dr. GUILLERMO CHAIN LIZCANO.
- Consejo de Estado (2007), Sección Tercera, auto de febrero 8, exp. 30903, MP. Dr. ENRIQUE GIL BOTERO.
- Consejo de Estado (1998), Sección Tercera, auto de mayo 27 exp. 13864, MP. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR
- Consejo de Estado (2007), Sección Tercera, auto de julio 18, exp. 29745, MP. Dr. RUTH STELA CORREA PALACIO.
- Consejo de Estado (2002), Sección Tercera, auto de febrero 21, exp. 19270, MP. Dr. ALIER HERNANDEZ ENRIQUEZ.
- Consejo de Estado (2007), Sección Tercera, auto de enero 24, exp. 31825, MP. Dr. RUTH STELA CORREA PALACIO.
- TRIANA PERDOMO, José Marcelino. El Ejecutivo en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2003.
- MOSQUERA MARTINEZ, Laura Sofía. El Proceso Ejecutivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Leyer. Bogotá. 2005.
- PALACIO HINCAPIE, Juan Angel. Derecho Procesal Administrativo. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá. 2005.



## **POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE Vs SEGURIDAD JURIDICA**

*Alex Pianetta Mercado*

### **RESUMEN**

La potestad Reglamentaria es la facultad consagrada en la Constitución Política de Colombia que le permite al Presidente de la Republica o al Gobierno Nacional, expedir Decretos, Resoluciones y Órdenes necesarias para la cumplida ejecución de la leyes con la observancia debida a la Constitución y la leyes, garantizando así, los derechos y libertades de todos los Colombianos.

### **PALABRAS CLAVES**

Seguridad jurídica, Potestad reglamentaria, Contrato Estatal y Decretos reglamentarios.

### **ABSTRACT**

Regulatory power is the power enshrined in the Constitution of Colombia, which allows the President of The Republic or The National Government to issue decrees, resolutions and orders necessary for the execution of the laws complied with the right observance to the Constitution and laws, thus guaranteeing the rights and freedom of all Colombians.

### **KEYWORDS**

Legal certainty, regulatory authority, state contracts and regulatory decrees.



## INTRODUCCIÓN

La ley 1150 de 2007 tiene como finalidad la introducción de eficiencia y transparencia al Estatuto General de Contratación, y en virtud de la facultad constitucional establecida en el numeral 11 del artículo 189 de La Constitución Política de Colombia, y en dicho ejercicio el Presidente de la República expidió los decretos reglamentarios 066 y 2474 de 2008 y los decretos 2025 y 3576 de 2009, que han tenido una permanencia efímera en comparación con algunos decretos o sus disposiciones, ocasionando así incertidumbre y caos en las entidades públicas sometidas a la ley 80 de 1993. Lo anterior, constituye una afectación a principios constitucionales de gran importancia en la correspondencia administración-administrados o entre mismas entidades estatales de los diferentes órdenes, en relación a una de las actividades de mayor desarrollo en la administración pública como lo es la contratación estatal, debido a que el marco normativo de estos actos jurídicos se ven claramente afectados con la inestabilidad de las normas que regulan las distintas modalidades en La Contratación Pública.

Esta situación ha generado inestabilidad legal, y consecuentemente a ello, desequilibrio entre los sujetos o partes de la relación negocial en materia contractual. Entonces, cabría preguntarse si *¿la facultad reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 de La Constitución Política de Colombia contiene asimismo un deber al ejecutivo de obrar dentro del ejercicio de estas atribuciones conforme a lo dispuesto en los principio que orientan de nuestra carta política desde el preámbulo y los artículos 1,2,4 y 209?*

Por lo que, es factible analizar la estabilidad jurídica dentro de las actuaciones que se efectúen con una entidad pública, en cuanto a los resultados que se esperan en un negocio jurídico, puesto, es al mismo estado al que le corresponde determinar con claridad los marcos normativos que regularan relaciones entre los particulares y la misma administración pública dentro de un contrato estatal, más aún, cuando en la reglamentación de la ley 1150 de 2007, el ejecutivo en ejercicio



de su poder reglamentario ha creado un caos jurídico con los decretos 066 y 2424 de 2008 y 2025 y 3576 de 2009, haciendo necesario examinar si el ejercicio de esta facultad o potestad reglamentaria por parte de esta rama del poder público se enmarca dentro de los parámetros establecidos por los principio que orientan nuestra carta política.

Por ello, es pertinente realizar una serie de acciones entre ellas, para establecer si la potestad reglamentario del ejecutivo dentro de la reglamentación de la ley 1150 de 2007 ha afectado la seguridad jurídica; y ligado a esto, se hace necesario analizar las posibles causas que han dado lugar a la suspensión condicional y nulidad de algunos de los decretos reglamentarios de esta ley; determinar cuáles son los principios que orientan la facultad reglamentaria del ejecutivo, y como ha sido la vigencia de los decretos reglamentarios de la ley 1150 de 2007 y examinar actualmente cómo se encuentra conformada las reformas a esta misma ley, todo esto, a través de la indagación sobre las diferentes normas legales, posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la seguridad jurídica, las reformas a la ley 1150 de 2007 y la potestad reglamentaria del ejecutivo.

## **CONTENIDO**

### **La seguridad jurídica como valor, principio y derecho constitucional.**

Hablar de Seguridad Jurídica, es hacer mención de un compendio de disposiciones Constitucionales que hacen referencia implícita a ella, el cual podemos inferir desde el preámbulo de la Constitución Política de Colombia como un valor orientador que inspiró a los Delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente, al contemplar como garantía del pueblo Colombiano la justicia y la igualdad dentro de un marco jurídico y un orden político, económico y social justo, y como principios orientadores de nuestra carta política, sobre el contexto del Estado Social de Derecho que caracteriza nuestra República, como la dignidad humana que se constituye en el axioma fundamental de la sociedad.



Asimismo, es de la esencia del estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En efecto, se estableció el deber de las autoridades de proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades<sup>56</sup>.

En este mismo sentido, se estableció la supremacía de las disposiciones Constitucionales, el reconocimiento sin discriminación alguna de los derechos inalienables de las personas y la imputabilidad de la responsabilidad jurídica estrictamente por infracción de las normas constitucionales y legales con la expresa indicación que los servidores públicos son responsable por las misma causas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones<sup>57</sup>.

Hecho este recorrido por distintas disposiciones Constitucionales que hacen referencia al principio de la seguridad jurídica, es dable colegir que si bien no existe una expresa consagración Constitucional, implícitamente se encuentra en varias de sus disposiciones e incluso en uno de los derechos rectores de nuestra carta política, como al Derecho al Debido Proceso.

Visto lo anterior, la vulneración o el desconocimiento de la seguridad jurídica se traduce en una flagrante afectación de los valores, principios y normas constitucionales, y por ello, la estabilidad normativa que debe existir en las distintas relaciones entre la administración-administrados y el estado entre sí, en sus distintos órdenes, se quebrantarían totalmente. Es por esto, que la conducta de los servidores públicos, al igual que los particulares deben ceñirse a la Constitución y a la ley.

<sup>56</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 2°.

<sup>57</sup> Constitución Política de Colombia, artículos 3, 4,5 y 6.



Lo anterior, se traduce en el reconocimiento al principio a la seguridad jurídica como parte integrante de los valores, principios que orientan nuestra Constitución Política.

Ahora bien, la Seguridad Jurídica puede ser entendida en dos sentidos: 1) como elemento constitutivo del orden público y, 2) como la necesaria estabilidad del derecho positivo. Esta última hace referencia a las situaciones concretas de los particulares dentro del orden del derecho, la cual debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás; que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad y, en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del Derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma; en fin, que en todo instante pueda contemplar, deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos<sup>58</sup>.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha expresado que si bien no está prevista en una norma de derecho positivo, se trata de un valor fundamental propio del ámbito jurídico, pues con él se somete a las autoridades públicas al ordenamiento normativo y se da certeza a los destinatarios de las decisiones judiciales mediante la publicidad y la declaración sobre la improcedencia de nuevos recursos. Acerca de esta materia el profesor Antonio Pérez Luño, en su obra *La Seguridad Jurídica*, citada por la Corte Constitucional en el Auto 232 de 2001, explica:

*“La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el saber a qué atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su*

<sup>58</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA DE COLOMBIA, Editorial Jurídica Nacional, Tomo VII, pág. 5502,5503 y 5504



*razón de ser como valor jurídico (...) A los solos efectos de contribuir a despejar, en lo posible, la frondosidad conceptual de la seguridad jurídica entiendo que pudiera ser provechoso distinguir dos acepciones básicas del término. En la primera, que responde a la seguridad jurídica stricto sensu, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta subjetiva, se presenta como certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho”.*

En este sentido la Honorable Corte Constitucional, en sentencias ha dicho lo siguiente:

*La seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. Si la ley tributaria modifica situaciones jurídicas definidas por el mismo legislador, sin una finalidad de favorabilidad en cuanto a las cargas*



*tributarias, por ejemplo, incurre, no sólo en una contradicción, sino en el desconocimiento del derecho adquirido y legítimamente constituido*<sup>59</sup>.

Este alto tribunal, sobre el alcance de este principio adujo que:

*La seguridad jurídica apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado, prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretudo, la indefinición jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos. Lo anterior sería desconocer el deber del Estado de proteger la vida, honra, bienes, derechos y creencias de los asociados, así como la obligación de toda persona y de todo ciudadano colombiano de respetar los derechos ajenos, de obrar conforme al principio de seguridad social, de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia*<sup>60</sup>.

En este sentido el máximo Tribunal Constitucional en dos autos sobre el alcance del Principio de la Seguridad jurídica, preciso:

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia N° C-549 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia N° T- 284 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



*La seguridad jurídica, aunque se entiende en relación con la definición de los derechos subjetivos objeto de controversia, también guarda relación con el proceso mismo. Tiene por efecto clausurar momentos de debate y generar la ficción de certeza sobre ciertos elementos de la relación jurídico-procesal. Así, se garantiza que las partes puedan ejercer su defensa y controvertir las pruebas y, a la vez, evitar una dilación irrazonable del proceso. En este orden de ideas, la seguridad jurídica debe entenderse como una cláusula de cierre del proceso, que impide la discusión permanente de ciertos hechos procesales. Allí radica su valor constitucional.....*

*Respecto de la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha expresado que si bien no está prevista en una norma de derecho positivo, se trata de un valor fundamental propio del ámbito jurídico, pues con él se somete a las autoridades públicas al ordenamiento normativo y se da certeza a los destinatarios de las decisiones judiciales, mediante la publicidad y la declaración sobre la improcedencia de nuevos recursos<sup>61</sup>.*

Y en relación a las actuaciones de los particulares, conceptuó que:

*El principio de seguridad jurídica que el Estado está obligado a fortalecer y hacer respetar, como fundamento del Estado de Derecho, encuentra plena aplicación, cuando puede exigirse tanto a particulares como a la administración que, mientras no se agote un mecanismo que asegure la legalidad de la decisión que afecte derechos reconocidos por un acto suyo a terceros, éstos han de mantenerse inalterables, asegurándose, por demás, la estabilidad de las relaciones, pues se despoja a quien ejerce cierta posición dominante en éstas, el*

<sup>61</sup> Auto 029ª de 2002, M.P Eduardo Montealegre Leynett, y el Auto 096 de 2004 M.P Rodrigo Uprimny Yepes.



*hacer uso de esa preponderancia, para tomar determinaciones que alteren la estabilidad y seguridad que, precisamente, se busca conferir a estas relaciones, al prohibir que unilateralmente se pueda disponer y decidir sobre el derecho reconocido a otro y del que éste ya se reputa titular<sup>62</sup>.*

Y por último, sobre este tema la Corte, en relación al principio de seguridad jurídica y el contrato de estabilidad, hace una distinción en estos términos:

*Conviene aclarar que la estabilidad jurídica, en los términos de la citada normatividad, resulta ser distinta al concepto de seguridad jurídica. En efecto, la estabilidad jurídica alude a la permanencia provisional, merced a la suscripción de un contrato estatal, de un determinado marco normativo favorable para las grandes inversiones, y por ende, aquellas que implican un mayor riesgo de pérdida. No se trata, por tanto, de inmutabilidad del ordenamiento jurídico, sino de una aplicación de un régimen jurídico, previamente acordado y delimitado en el clausulado del contrato. Por el contrario, la seguridad jurídica es entendida, en una de sus manifestaciones, como un principio en virtud del cual se cuenta con la necesaria certeza, en un momento histórico determinado, de cuáles son las normas que regulan una determinada situación jurídica. En otros términos, la seguridad jurídica es un concepto dinámico por naturaleza<sup>63</sup>.*

### **La potestad reglamentaria y la constitución política**

La potestad Reglamentaria o el llamado poder reglamentario consiste en la facultad que tienen algunas autoridades administrativas para dictar normas de

<sup>62</sup> Corte Constitucional, Sentencia N° T-466 de 1999, M.P Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, sentencia N° C-320 de 2006. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.



carácter general o reglamentos<sup>64</sup>. La Constitución Política de Colombia consagra esta facultad al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189.

Esta potestad, se desarrolla a través de los llamados decretos administrativos, definidos como todos los decretos del Presidente de la República o del Gobierno que tiene efectos jurídicos directos y definitivos sobre un asunto general o particular, que se expiden en ejercicio de la función administrativa o que no están sometidos al control jurisdiccional de la Corte Constitucional. Estos decretos a su vez, son subdivididos en decretos autónomos o reglamentos constitucionales, decretos reglamentarios y decretos ejecutivos<sup>65</sup>.

Los Decretos Reglamentarios son los que expide el Presidente de la República para desarrollar las leyes o normas con fuerza de ley y para precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar necesarias para su cumplimiento<sup>66</sup>. Atribución que tiene el gobierno de expedir normas generales, impersonales y abstractas, a fin de que las leyes tengan un debido cumplimiento; tal potestad son de la esencia misma de la función administrativa que sin ella no podría desarrollarse<sup>67</sup>.

En efecto, es una facultad del gobierno que le permite desarrollar plenamente la función administrativa, condescendiéndole así, prestar un servicio público acorde a los intereses generales, y dentro del deber de cumplimiento de la Constitución y de las leyes, y la obligación de garantizar los derechos y libertades de todos los Colombianos, tal como lo indica el artículo 188 del Estatuto Constitucional.

<sup>64</sup> DERECHO ADMINISTRATIVO General y Colombiano, Decimosexta edición, Editorial Temis S.A, Bogotá – Colombia 2008, Pag.88.

<sup>65</sup> MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, según la ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, Quinta Edición 2009, Librería ediciones del profesional. Pag.241.

<sup>66</sup> Ibídem.

<sup>67</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA DE COLOMBIA, Editorial Jurídica Nacional, Tomo VII, pág. 5336.



Estas disposiciones Constitucionales requieren un análisis detallado, ya que, no solamente establece facultades a la máxima autoridad administrativa, si no que le impone una obligación de garantizar los derechos y libertades de los colombianos, al igual que, el cumplimiento de la Constitución y las leyes, es decir, que tiene sus límites en la propia Constitución Política, por cuanto implica responsabilidades supraleales para con los administrados.

La Corte Constitucional ha indicado en varias de sus sentencias, que si el legislativo hace la ley, el ejecutivo tiene el derecho-deber de encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, tal como lo adujo en estos términos:

*El hecho de que sea una facultad restrictiva del Congreso lo referente a la obligación tributaria, no implica que el Presidente de la República no pueda ejercer su potestad reglamentaria, la cual no sólo es legítima, sino necesaria para ajustar a las circunstancias reales de la Nación, las disposiciones generales impuestas por el legislador. La potestad reglamentaria en materia tributaria, al ser una potencialidad no contradice la naturaleza de la rama ejecutiva del poder público, porque la función es la de reglamentar, como acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley. Si el legislador hace la ley, el ejecutivo tiene el derecho-deber de encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real. Ejercer esa potestad no implica que el gobierno esté legislando, pues el hecho de reglamentar una ley no equivale a legislar<sup>68</sup>.*

Este alto tribunal conceptuó sobre la naturaleza jurídica, el alcance y límites, y atributos de la potestad reglamentaria, así:

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sentencia N° C-228 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



*La potestad reglamentaria, o el poder reglamentario, es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República como autoridad administrativa, para dictar las normas de carácter general que son necesarias para la correcta ejecución de la ley. Por consiguiente, esta atribución no necesita de norma legal expresa que la conceda, pero su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos<sup>69</sup>.*

.....

*La potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador<sup>70</sup>.*

.....

*La atribución presidencial de "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" no tiene un plazo, contado a partir de la vigencia de la normatividad reglamentada, ya que puede ejercerse en cualquier tiempo, y, por otra parte no se agota por el primer uso que de ella se haga<sup>71</sup>.*

Y sobre el tema que nos ocupa, la Honorable Corte Constitucional a dicho en materia de contratación Administrativa lo siguiente:

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia N° C-028 de 1997. M.P Alejandro Martínez Caballero.

<sup>70</sup> Ibídem.

<sup>71</sup> Corte Constitucional, sentencia N° C-138 de 1996. M.P José Gregorio Hernández Galindo.



*Los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.*

*La potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993, se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política<sup>72</sup>.*

<sup>72</sup> Corte Constitucional, sentencia N° C-508 de 2002. M.P Alfredo Beltrán Sierra.



## **Antecedentes judiciales de los decretos reglamentarios de la ley 115 de 2007**

Este cuestionamiento tiene fundamento más aun cuando al analizar estas distintas disposiciones normativas se observa que los decretos reglamentarios son objeto de múltiples demandas de Nulidad ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, verbigracia, el decreto 066 del 16 de enero de 2008 por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones, es derogado por el artículo 92 de decreto nacional N° 2474 del 07 de julio de 2008, excepto al artículo 83.

Respecto al decreto 2474 de 2008, *"por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones"*, una demanda ante Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, bajo la Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476) el actor, el señor ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA, solicitó la nulidad y de suspensión provisional contra de los artículos 7 (parcial); 12 numeral 3 acápites a. y b., 44 (integralmente), 48 (integralmente), 88 parágrafo, 47 (parcialmente) y 52 (parcialmente) de este decreto, que a juicio de accionante vulnera de los artículos 189 numeral 11 y 29 de la Constitución Política; el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 24 numeral 2 y 30 numeral 5 párrafo segundo, de la Ley 80 de 1993; y los artículos 2 letra d. del numeral 2, 4 y 5 numeral 2, de la Ley 1150 de 2007, y en la providencia del 01 de abril de 2009 con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: "En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello."; la suspensión provisional de los efectos del artículo [44](#) del Decreto 2474 de 2008; la suspensión provisional de los efectos de



la expresión demandada del párrafo del artículo [88](#) del Decreto 2474 de 2008: "A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o..."; la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo [47](#) del Decreto 2474 de 2008: "...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar..."; y la suspensión provisional de los efectos de la expresión demandada del artículo [52](#) del Decreto 2474 de 2008: "...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar. En auto del veintisiete (27) de mayo de dos mil nueve (2009) la sección tercera del Consejo de Estado, confirmó la decisión del 01 de abril de 2009.

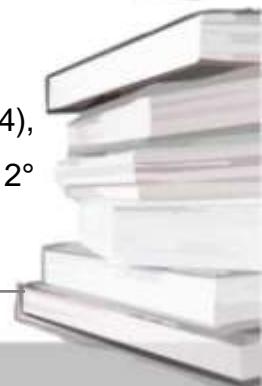
Asimismo, se demandó ante esta misma sección tercera del Consejo de Estado bajo el radicado 11001032600020080010100, la Nulidad y suspensión provisional los artículos 10 y 11, parcialmente; del párrafo del artículo 22; del párrafo 1 del artículo 44; del artículo 46; de los artículos 47, 52, 54, 65, 68, 73, 75, 87, parcialmente, y del artículo 89 del decreto 2474 de 2008, reglamentario de las leyes 80 de 1993 y 1.150 de 2007, y con ponencia del consejero ENRIQUE GIL BOTERO, se decretó estese a lo resuelto por la Sala, en el [auto](#) de mayo 27 de 2009 -exp. 36.476- en relación con la suspensión provisional del artículo 44 párrafo 1 del decreto 2474 de 2008; la suspensión de la expresión "*... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...*", contenida en el inciso segundo del artículo [10](#) del decreto 2474 de 2008; la suspensión de la expresión "*...sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro Único de Proponentes, para efectos de determinar la clasificación y la calificación de los proponentes, cuando corresponda*", contenida en el artículo [11](#) decreto 2474 de 2008; la suspensión del artículo [46](#) del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; Estese a lo resuelto por la Sala en el [auto](#) de mayo 27 de 2009 -exp. 36.476-, en relación con la suspensión provisional de los artículos 47 y 52 del decreto 2474 de



2008, en la expresión "...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable..."; la suspensión de la expresión "... haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...", contenida en el artículo [54](#) del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; la suspensión de la expresión "...El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros", contenida en el artículo [65](#) del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; las suspensión del inciso tercero del artículo [73](#) del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; la suspensión del artículo [75](#), incluidos los parágrafo 1 y 2, del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; y la suspensión parcialmente las siguientes expresiones del artículo [89](#), del decreto 2474 de 2008: "los procedimientos internos" y "y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Decisión que fue confirmado [Auto](#) de 06 de agosto de 2009 y Declarada la Nulidad mediante Sentencia [11001-03-26-000-2008-00101-00](#)(36054) B, del 14 de abril de 2010 con ponencia del consejero Enrique Gil Botero.

En la Acción Pública de Nulidad, con radicado N° 110010326000200900035-00 (36.601) y ponencia del consejero MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, de la sección tercera del Consejo de Estado, se admitió la demanda de Nulidad y se decretó la suspensión provisional del numeral 3°, letra b), del artículo [12](#) del Decreto 2474 de 2008; y la suspensión provisional, de los incisos 1°, 2°, 3° y final del artículo [14](#) del Decreto 2474 de 2008. Decisión que fue confirmado [Auto](#) del 06 de agosto de 2009.

En la demanda de Nulidad, con radicado N° 110010326000200900700 (37.004), se solicitó la nulidad y la suspensión provisional de los efectos del parágrafo 2°



del artículo 77 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008. Y con providencia del 06 de agosto de 2009, se dispuso la suspensión de estas normas. Decisión que fue confirmada en el auto del 21 de octubre de 2009.

En este orden, la Acción Pública de Nulidad con suspensión provisional, ante esta misma sección, bajo el 11001032600020090004300 (36.805), con ponencia de la RUTH STELLA CORREA PALACIO, se decretó en sentencia 21 de octubre de 2009, la suspensión provisional de los efectos de los parágrafos 2 y 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 2 del Decreto 127 de 2009. La decisión que fue confirmada en auto del 3 de marzo de 2010.

Con la demanda de Nulidad con radicado número: 110010326000200900073 (37.083), ante la sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, la consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, decretó la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, que modificó y subrogó el artículo 52 del decreto 2474 de 2008, en providencia del 25 de noviembre de 2009, Decisión que fue confirmada en auto del 03 de marzo de 2010. Y en la providencia del 18 de marzo de 2010, esta misma Consejera, resolvió sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional contra los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009, dentro de la Acción pública de simple nulidad, bajo el radicación número: 110010326000200900116 00 (37.785). A juicio del actor las citadas normas reglamentarias vulneran los artículos 29, los numerales 1 y 2 y el inciso final del artículo 150, el numeral 11 del artículo 189 y el artículo 273 de la Constitución Política; los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007; el numeral segundo del artículo 24 y el artículo 39 de la Ley 80 de 1993; los artículos 27 y 30 del Código Civil y el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo. Decisión que actualmente se encuentra sin confirmar.

Y por último, en la Acción de Nulidad ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bajo el radicado número: 11001-03-26-000-



2008-00101-00(36054) B, en la providencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), con ponencia del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO, resolvió declarar la nulidad de la expresión "...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...", contenida en el inciso segundo del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008; La nulidad de la expresión "...sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro Único de proponentes, para efectos de determinar la clasificación y calificación de los proponentes cuando corresponda...", contenida en el artículo 11 del Decreto 2474 de 2008. La nulidad del párrafo 1 del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008; La nulidad del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008. La nulidad del artículo 3 del Decreto 2025 de 2009. La nulidad de la expresión "...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...", contenida en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008. La nulidad de la expresión "...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...", contenida en el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008. La nulidad de la expresión "...El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros..." contenida en el artículo 65 del Decreto 2474. La nulidad del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, pero únicamente en tanto se interprete que faculta a la administración para crear procedimiento administrativo sancionador. En cambio, se niegan las pretensiones contra la misma norma en tanto se interprete que sólo permite establecer el procedimiento interno mínimo a seguir para la imposición de multas, es decir que sólo se limita a definir los aspectos inter-orgánicos, en los términos analizados en esta providencia; La nulidad de la expresión "...y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección...", contenida en el artículo 89 del Decreto 2474 de 2008; La nulidad del artículo 68 (incluyendo sus párrafos 1 y 2) del Decreto 2474 de 2008; La nulidad de la expresión "cualquier interesado" del párrafo del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008. La nulidad del inciso 3 del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008; y la nulidad del artículo 75, incluidos sus párrafos 1 y 2, del Decreto 2474 de 2008.



## CONCLUSIÓN

Analizado el principio de seguridad jurídica en relación a la facultad reglamentaria que posee el Presidente de la República o el gobierno nacional, en virtud a lo ordenado por la Constitución Política de Colombia en su artículo 189, numeral 11, frente a los valores, principios y derechos Constitucionales, es dable preguntarse si el ejercicio de esta atribución en la reglamentación de la ley 1150 de 2007, ha estado acorde con estos referentes Constitucionales, más aun, cuando la finalidad de esta ley, es la de introducir eficiencia y transparencia al Estatuto General de Contratación Pública, y ha conllevado a la expedición de los decretos reglamentarios 066 y 2474 de 2008, y los decretos 2025 y 3576 de 2009, objeto de demandas, suspensiones provisionales y nulidades ante el Consejo de Estado. Esta situación ha ocasionando incertidumbre y caos en las entidades públicas sometidas a la ley 80 de 1993, ya que si bien, la ley 1150 de 2007, estableció las modalidades de contratación, subordinó su implementación a la reglamentación que expida el gobierno nacional sobre el respecto. Lo anterior, constituye una afectación a valores, principios y derechos constitucionales de gran importancia en la relación administración-administrados o entre entidades estatales, y más cuando esta actividad, es la de mayor desarrollo en la administración pública en sus diferentes órdenes, queda sin marco normativo reglamentario en la regulación de estos actos jurídicos, afectado así, la inestabilidad jurídica de estas relaciones.

Por lo que, es válido preguntarse *¿la facultad reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 de La Constitución Política de Colombia, contiene asimismo un deber-obligación al ejecutivo de obrar dentro del ejercicio de estas atribuciones conforme a lo dispuesto en los principio que orientan de nuestra carta política desde el preámbulo y los artículos 1,2,4 y 209?, mas aun cuando, en el artículo 188 del superior, obliga al presidente de la republica como símbolo de la unidad nacional Cumplir la Constitución y las leyes y garantizar los derechos y deberes de todos los Colombianos.*



Entonces, es viable analizar si esta estabilidad jurídica dentro de las actuaciones que se efectúen con una entidad pública dependen también de las normas que regula su existencia, más cuando se esperan resultados ante un negocio jurídico, y por lo que es el mismo estado el que le corresponde determinar con claridad los marcos normativos sobre los cuales se va a regir las relaciones entre los particulares y el mismo estado dentro de un contrato estatal. Y, en la reglamentación a la ley 1150 de 2007, el ejercicio de esta atribución por parte del ejecutivo, que si bien es inalienable, intransferible, inagotable, no tiene plazo, puede ejercerse en cualquier tiempo e irrenunciable; encuentra sus límites y radio de acción en la Constitución y la ley, por lo que, en la expedición de los decretos 066 y 2424 de 2008 y 2025 y 3576 de 2009, se ha afectado normas Constitucionales, por el indebido ejercicio de esta potestad dentro de los parámetros establecidos por la misma norma superior.

Es por ello, la pertinencia de establecer si el ejercicio del poder reglamentario del Presidente de la República o del gobierno dentro de la regulación de la ley 1150 de 2007, ha afectado la seguridad jurídica, que trae nuestra Constitución Política, desde el preámbulo, los principios y derechos consagrados en ella. Asimismo, las diferentes Acciones Públicas de Nulidad contra estos actos administrativos, dan cuenta de las diferentes ilegalidades que se han incurrido, extralimitación en el ejercicio de esta facultad y vulneración de normas constitucionales. Como al igual, proponer la necesidad de implementar medidas legislativas por parte del Congreso de la República de Colombia, en su función pública de interpretar, reformar y derogar las leyes<sup>73</sup> y de la regulación del ejercicio de las funciones públicas<sup>74</sup>, tomar las medidas correctivas, por cuanto, es el competente de expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la legitimidad de una ley de la república depende de su efectividad sobre los administrados, quienes son los titulares primigenios del poder público, del cual emana las ramas legislativa, ejecutiva y judicial.

<sup>73</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 189, numeral 1°.

<sup>74</sup> *Ibídem*.



## **BIBLIOGRAFIA**

- Constitución Política de Colombia.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.
- Ley 489 de 1998.
- Decreto 066 de 2008.
- Decreto 2474 de 2008.
- Decreto 2025 de 2009.
- Decreto 3576 de 2009.
- DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO, Decimosexta edición, Editorial Temis S.A 2008.
- MANUAL DE ACTO ADMINISTRATIVO, Quinta edición, Librería ediciones del Profesional Ltda., 2009.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA DE COLOMBIA, Editorial Jurídica Nacional.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° C-549 de 1993, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° T- 284 de 1994, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.
- Auto 029ª de 2002, M.P Eduardo Montealegre Leynett, y el Auto 096 de 2004 M.P.
- Rodrigo Uprimny Yepes.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° T-466 de 1999, M.P Alfredo Beltrán Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° C-320 de 2006. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° C-228 de 1993, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° C-028 de 1997. M.P Alejandro Martínez Caballero.



- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° C-138 de 1996. M.P José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N° C-508 de 2002. M.P Alfredo Beltrán Sierra.

