



LA CORTE CONSTITUCIONAL PRECISÓ LA ÓRBITA DE SU COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS DE CONTENIDO GENERAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE DECLARE LA NULIDAD DE UN ACTO QUE CORRESPONDE AL CONSEJO DE ESTADO SON COMPATIBLES CON LA CARTA POLÍTICA, SALVO EN LO RELATIVO A LA COSA JUZGADA "CONSTITUCIONAL"

I. EXPEDIENTE D-9392 - SENTENCIA C-400/13 (julio 3)
M.P. Nilson Pinilla Pinilla

1. Norma acusada

LEY 1437 DE 2011
(Enero 18)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

Parágrafo. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales.

Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la *causa petendi* juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos *erga omnes* solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Quando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición.

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, el inciso segundo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, bajo el entendido de que a la Corte constitucional le corresponde el control constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, con contenido material de ley.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, el inciso tercero del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, salvo la expresión "*constitucional*" que se declara **INEXEQUIBLE**.

3. Síntesis de los fundamentos

Los problemas jurídicos que le correspondió resolver a la Corte en este proceso, consistieron en determinar: (i) si conferir al Consejo de Estado, atribución para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional (art. 135, Ley 1437/11), vulnera las competencias asignadas por la Carta Política a dicha Corporación y a la Corte Constitucional; y (ii) si los efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional para las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad proferidas por el Consejo de Estado (art. 185, Ley 1437/11), son equiparables con los que emanan de las decisiones de la Corte Constitucional.

Para resolver estos cuestionamientos, la Corte observó que había que tener en cuenta que en el diseño del sistema jurídico colombiano no tienen cabida normas y actuaciones excluidas del control constitucional, cualquiera sea su modalidad. Para tal efecto, el constituyente diseñó un sistema de control de constitucionalidad en el cual se distribuyen las competencias según la naturaleza del acto sujeto a control, entre la Corte Constitucional (art. 241 C.Po.), órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y el Consejo de Estado (art. 237-2 C.Po.), tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En el espectro de control de constitucionalidad, se encuentran los actos a que se refieren las disposiciones acusadas de los artículos 135 y 189 de la Ley 1437 de 2011, cuyo conocimiento, por su naturaleza, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, que ostenta en cabeza del Consejo de Estado la acción de nulidad por inconstitucionalidad, figura jurídica que no se agota en el artículo 237-2 de la Carta Política, sino que amplía sus fines precisamente por la competencia constitucional residual que cumple con el propósito de velar por la supremacía de la Constitución, pero con ciertos alcances y limitaciones.

De esta manera, los actos generales que no son competencia de la Corte Constitucional, según las previsiones expresas de mandatos superiores, serán del resorte del Consejo de Estado, siempre que no sean resultado de la función administrativa, en cuyo caso se regirán por la preceptiva 237-1 de la Carta Política. Tal característica, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, responde al principio de integralidad del control abstracto de constitucionalidad, a partir de la violación directa de la Constitución de cualquier norma fundamental, como lo señaló en la sentencia C-197/99, siendo obligación del juez administrativo asegurar la vigencia de la Carta Política.

Ahora bien, precisó que los actos de carácter general expedidos por el Gobierno Nacional o por entidades u organismos distintos de aquel, cuyo contenido material sea de ley, esto es, que tengan la virtualidad de modificar, subrogar o derogar la ley, se hallan excluidos de la competencia del Consejo de Estado, tales como, el decreto que declara un estado de excepción y los decretos que corrigen yerros de una ley, que compilan leyes, los expedidos por el Gobierno en desarrollo de facultades transitorias otorgadas por el constituyente –vgr. de orden estatutario-, decreto de ejecución de la convocatoria a un referendo constitucional, entre otros (Sentencia C-049/12). Habida consideración que el inciso segundo del artículo

135 de la Ley 1437 de 2011, no hace ninguna precisión a este respecto y de conformidad con reiterada jurisprudencia, la Corporación procedió a declarar su exequibilidad, bajo el entendido de que el control de ese tipo de actos, corresponde ejercerlo a la Corte Constitucional.

De otra parte, la Corporación advirtió que los artículos 242, 243 y 244 superiores, se encargan de regular los procesos que se promuevan ante la Corte Constitucional, entre ellos, los derivados de las acciones públicas de inexequibilidad que instaure cualquier ciudadano, de manera que no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional al tribunal supremo de lo contencioso administrativo, que carece de la potestad otorgada expresamente por la Constitución, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Por tal motivo, los efectos de cosa juzgada *constitucional* otorgados a las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad que profiera el Consejo de Estado, según los términos del inciso tercero del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, no se avienen a la Constitución, dado que esta calidad de "constitucional", la radica el artículo 243 de la Carta Política de manera exclusiva en la Corte Constitucional, sin desmedro del control residual que corresponde a dicho Consejo, ubicado en el referente funcional del control mixto de constitucionalidad, lo cual le permite establecer que las sentencia de nulidad por inconstitucionalidad de los actos proferidos en virtud del artículo 237-1 de la Carta tengan efecto hacia futuro y en determinado caso, consecuencias frente a acaecimientos anteriores al pronunciamiento.

4. Salvamentos parciales y aclaraciones de voto

Los magistrados **Mauricio González Cuervo**, **Luis Guillermo Guerrero Pérez** y **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** salvaron el voto en relación con la inexequibilidad parcial del inciso tercero del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, que reconocía un efecto de cosa juzgada *constitucional* a las sentencias de nulidad de decretos de competencia del Consejo de Estado (art. 237.2 C.Po.).

El magistrado **González Cuervo** consideró que a partir de la concepción de un sistema de control abstracto no concentrado, en donde la Corte Constitucional y el Consejo de Estado comparten la función de control de constitucionalidad, en ambos casos, sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, sin que ello signifique que haya una prevalencia en la interpretación de las normas constitucionales realizada en un caso concreto por el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues esa primacía la tiene la interpretación autorizada de los preceptos constitucionales efectuada por la Corte Constitucional como órgano de cierre.

En el mismo sentido, el magistrado **Guerrero Pérez** se mostró en desacuerdo con una visión esencialmente formalista de la normatividad constitucional basada en el artículo 243 de la Carta, según la cual la cosa juzgada *constitucional* está reservada a las sentencias de la Corte Constitucional. En su concepto y de acuerdo con una interpretación armónica de los preceptos constitucionales no puede entenderse que cosa juzgada constitucional sea exclusiva de esta Corporación, como quiera que si el Consejo de Estado tiene atribución de control de constitucionalidad, sus decisiones también hagan a tránsito a cosa juzgada constitucional. De no ser así, advirtió que sus sentencias serían susceptibles de recurso, lo cual no es así.

Por su parte, el magistrado **Mendoza Martelo** señaló que su discrepancia parcial respecto de la decisión de mayoría en torno al resolutivo **segundo** se justifica en la medida en que, negar que el control que hace el Consejo de Estado en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, es de estirpe constitucional, significa desconocer los alcances que la Carta le atribuyó a dicha acción. De manera que ninguna razón lógica, jurídica o de conveniencia se opone a que la cosa juzgada que se predica de las sentencias que dicta el Consejo de Estado en estos procesos puede adicionarse con la expresión "constitucional" para denotar precisamente que allí, necesariamente, ha tenido lugar un cotejo del acto de carácter general con la Constitución. En esos términos excluir de la norma dicha expresión resulta objetivamente contrario a lo que se deriva del control que allí se realiza y de los alcances que tiene la cosa juzgada de la sentencia que se dicte.

De otro lado, los magistrados **María Victoria Calle Correa** y **Luis Ernesto Vargas Silva** anunciaron la presentación de aclaraciones de voto relativas a la declaración de exequibilidad parcial del inciso tercero del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que si bien están de acuerdo con la decisión de inexecutable del vocablo *constitucional*, ya que la cosa juzgada constitucional solo se predica de las sentencias de la Corte Constitucional, adicionalmente ha de tenerse en cuenta las diferencias que existen entre la acción pública de inconstitucionalidad contra leyes y decretos leyes, sujetos al control de la Corte Constitucional y la acción de nulidad por inconstitucionalidad de decretos y actos administrativos de carácter general de que conoce el Consejo de Estado y por lo tanto, de los distintos efectos de las respectivas sentencias, conforme lo ha establecido la jurisprudencia de la Corporación.

Adicionalmente, los magistrados **Mauricio González Cuervo** y **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** aclararon su voto, respecto de la decisión de exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011. El magistrado **González Cuervo** estimó que la Corte debía precisar aún más, de acuerdo con lo que ha señalado la jurisprudencia, los actos atípicos de carácter general que entrarían dentro de su órbita de control, por tener la virtualidad de modificar directamente la ley, de manera que se tracen de manera más clara los linderos de la competencia del Consejo de Estado prevista en el inciso segundo del artículo 135.

A juicio del magistrado **Mendoza Martelo**, la inexecutable del artículo 135 debió ser pura y simple, pues en el asunto examinado no estaban en discusión las competencias de la Corte Constitucional claramente definidas en el artículo 241 constitucional y en sentencias de esta Corporación que en las motivaciones se citan, entre otras, la C-186 de 1º de noviembre de 2011 y C-588 de 25 de julio de 2012. No obstante que acompañó la decisión de la mayoría, tal y como finalmente se adoptó, quiere destacar que el celo de la Corte por preservar sus competencias resultó excesivo con el condicionamiento que se introdujo en este caso en el que se discutía si la acción de simple nulidad cabía o no frente a otros actos administrativos generales que desarrollan la Constitución diferentes a los decretos dictados por el Gobierno Nacional. Además quería dejar sentado que los actos generales a los que se refiere el inciso acusado también deben ser de carácter nacional que son los que conoce el Consejo de Estado, única autoridad con competencia constitucional para decidir en Sala Plena las acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

En este punto, el magistrado **Luis Ernesto Vargas Silva**, se reservó una eventual aclaración de voto.

LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO VERBAL, BIEN SEA DE OFICIO O COMO CONSECUENCIA DE LA REVOCACIÓN DEL AUTO QUE NIEGA PRUEBAS, CONFIGURA UNA LIMITACIÓN RAZONABLE Y PROPORCIONADA QUE NO VULNERA LOS DERECHOS DE DEFENSA Y DE CONTRADICCIÓN

II. EXPEDIENTE D-9373 - SENTENCIA C-401/13 (julio 3)
M.P. Mauricio González Cuervo

1. Norma acusada

LEY 1474 DE 2011
(Enero 18)

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública

ARTÍCULO 59. *RECURSOS.* El artículo 180 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

[...]

El recurso de apelación cabe contra el auto que niega pruebas, contra el que rechaza la recusación y contra el fallo de primera instancia, debe sustentarse verbalmente en la misma audiencia, una vez proferido y notificado el fallo en estrados. Inmediatamente se decidirá sobre su otorgamiento.

[...]

En caso de revocarse la decisión que negó la práctica de pruebas, el ad quem las decretará y practicará. También podrá decretar de oficio las que estime necesarias para resolver el fondo del asunto, debiendo garantizar el derecho de contradicción.

[...]

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, "*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*", por el cargo analizado en la presente sentencia.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso sexto del artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, "*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*", por el cargo analizado en la presente sentencia.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte reiteró los lineamientos jurisprudenciales en relación con el amplio margen de la potestad de configuración del legislador en materia de procedimientos en el régimen disciplinario y los límites constitucionales para su ejercicio, referentes al debido proceso, el derecho de defensa y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En concreto, señaló, que la Constitución Política le otorga al legislador la potestad de establecer que el recurso de apelación del auto que niega la práctica de pruebas en un proceso verbal disciplinario se conceda en el efecto devolutivo, sin que ello constituya una vulneración del debido proceso. Con esta disposición, el legislador busca garantizar la no dilación injustificada del proceso, el cual tiene como finalidad proferir una decisión con celeridad, agilidad y eficacia, compatible con las garantías constitucionales, en el contexto de un estatuto que se encamina a contrarrestar actos de corrupción. Advirtió que la autoridad disciplinaria de primera instancia tiene la autonomía judicial suficiente para fallar con base en las pruebas que considere conducentes, pertinentes o relevantes, mediante auto motivado proferido por la autoridad disciplinaria de primera instancia. En todo caso, el derecho de defensa del disciplinado –en el trámite del proceso en primera instancia- no se limita a que le sean aceptadas sus pruebas, pues también puede presentarse acompañado de un abogado, presentar descargos expresando libremente las razones por las cuales considera que no es responsable de la conducta que se le atribuye, controvertir las pruebas obrantes dentro del proceso e intervenir en todas las etapas del mismo, presentar alegatos de conclusión, recurrir el auto que niega pruebas y la sentencia de primera instancia. Por consiguiente, la Corte procedió a declarar la exequibilidad del inciso segundo del artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, por el cargo analizado.

A juicio de la Corte, en el caso concreto, el decretar pruebas de oficio no solo no desvirtúa el principio de imparcialidad del juez, si no que aboga por una defensa en igualdad de condiciones de las partes. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador determine unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y además, valorarlas.

Para la Corporación, la imparcialidad del fallador de segunda instancia en el proceso disciplinario no se pierde con el hecho de permitírsele decretar pruebas de oficio. Una interpretación conforme al artículo 29, 31 y 230 de la Constitución conduce a afirmar, que la posibilidad de decretar pruebas de oficio por el director del proceso en segunda instancia, se explica por el deber que tiene todo juez, en este caso, disciplinario, en un Estado Social de

Derecho, de buscar la verdad procesal. Más aún, cuando el disciplinado tienen la posibilidad de controvertir dichas pruebas, acorde con lo establecido en el inciso sexto del artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece que "En caso de revocarse la decisión que negó la práctica de pruebas, el *ad quem* las decretará y practicará. También, podrá decretar de oficio las que estime necesarias para resolver el fondo del asunto, debiendo garantizar el derecho de contradicción". En consecuencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso sexto del artículo 59 de la Ley 1474 de 2011.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los magistrados **Jorge Iván Palacio Palacio**, **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** y **Luis Ernesto Vargas Silva** manifestaron su salvamento de voto, por cuanto consideraron que trasladar el debate probatorio a la segunda instancia en el proceso disciplinario verbal, como consecuencia de lo dispuesto en los incisos segundo y sexto del artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, que establecen un efecto devolutivo del recurso de apelación contra el auto que niega el decreto de pruebas y la autorización para que se puedan decretar de oficio en segunda instancia, constituye una limitación desproporcionada del derecho de defensa y de contradicción probatoria (art. 29 C.Po.), frente a la celeridad y eficiencia que se persigue con el proceso verbal.

En particular, el magistrado **Vargas Silva** consideró que la norma cuestionada incorpora una afectación desproporcionada de los derechos de contradicción y defensa, los cuales tienen una especial significación en el ámbito del derecho sancionador con protección constitucional reforzada cual ocurre con el proceso penal. Estimó, que el efecto práctico de la disposición acusada es que aquellos asuntos que estuviesen sustentados en las pruebas cuya práctica se deniega, en caso de ser finalmente admitidos a trámite, sean conocidos únicamente por el funcionario disciplinario de segunda instancia, en detrimento de la posibilidad que tales asuntos sean analizados y decididos en dos instancias. Además, se cercena de modo injustificado una instancia de análisis imparcial de los argumentos que dieron lugar a negar el decreto de pruebas, estudio que solo puede adelantarse por un funcionario distinto a aquel que decidió dicha negativa.

El magistrado **Vargas Silva** advirtió que la decisión de la mayoría omite realizar un ejercicio adecuado de ponderación entre la deseable celeridad en los procedimientos y la necesidad de proteger las garantías procesales en el trámite disciplinario, las cuales tienen un mayor jerarquía al hacer parte del derecho sancionador. Si bien es importante que el ordenamiento jurídico cuente con instrumentos ágiles para la investigación y sanción de faltas disciplinarias, en especial aquellas que afectan gravemente a la administración pública, la eficacia de dichos procesos descansa en su compatibilidad con la Constitución. En el caso analizado, ello se traducía en que ante la hipótesis de la denegación de la práctica de pruebas, fuera posible contar con un recurso de apelación, como sucede en el procedimiento escrito contemplado en el mismo Código Disciplinario Único. No bastaba pues, el recurso de instancia propuesto desde el proyecto de decisión y por ende el disidente estuvo plenamente de acuerdo con el concepto del Ministerio Público cuando propuso la inexecuibilidad de los segmentos normativos acusados.

El magistrado **Nilson Pinilla Pinilla** anunció la presentación de una aclaración de voto relativa a los fundamentos de la decisión de exequibilidad. Por su parte, el magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez**, se reservó la posibilidad de presentar una eventual aclaración de voto.

LA CONSTITUCIÓN NO IMPONE UNA REGULACIÓN UNIFORME DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS

III. EXPEDIENTE D-9388 - SENTENCIA C-402/13 (julio 3)
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

1. Norma acusada

DECRETO 1042 DE 1978

(Junio 7)

Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1º. Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante

Artículo 31. De la prohibición de percibir sueldo diferente de aquel que corresponde al cargo. Los empleados públicos a quienes se aplica este Decreto solo podrán percibir por concepto de sueldo la asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñen y los factores de salario contemplados en el artículo 42 del presente estatuto.

Artículo 45. De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1º de este Decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.

Artículo 46. De la cuantía de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados será equivalente al veinticinco por ciento de la asignación básica que esté señalada por la ley para el cargo que ocupe el funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla.

Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio.

Cuando el funcionario perciba los incrementos de salario por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto, la bonificación será equivalente al veinticinco por ciento del valor conjunto de la asignación básica y de dichos incrementos.

Artículo 50. Del auxilio de transporte. Cuando la asignación básica mensual de los empleados públicos a que se refiere el artículo 1º. del presente Decreto sea igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de remuneración del nivel operativo, dichos empleados tendrán derecho al reconocimiento y pago de un auxilio de transporte en cuantía de ciento veinte pesos (\$120.00) mensuales.

No habrá lugar a este auxilio cuando la entidad preste servicio de transporte a sus empleados.

Artículo 51. Del auxilio de alimentación. Las entidades señaladas en el artículo 1º. de este decreto reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada continua.

Dicho auxilio se pagará a través del Fondo Nacional de Bienestar Social. Cuando el organismo suministre la alimentación a sus empleados no habrá lugar al reconocimiento de este auxilio.

Artículo 58. La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año. Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

Artículo 62. De la fijación de viáticos. Los viáticos se fijarán según la remuneración mensual que corresponda al empleo del funcionario que deba viajar en comisión, hasta en las siguientes cantidades diarias:

Remuneración mensual	Viáticos diarios en pesos para comisiones dentro del país	Viáticos diarios en dólares estadounidenses para comisiones en el exterior
Hasta \$ 5.000	400	40
De \$ 5.001 a \$ 10.000	500	50

De \$ 10.001 a 20.000	800	80
De \$ 20.001 a \$ 33.000	1.200	120
De 33.001 en adelante	1.500	150

Las entidades **a que se refiere el presente Decreto** fijarán el valor de los viáticos, según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde debe llevarse a cabo la labor, hasta por las cantidades señaladas en el inciso anterior.

Para determinar el valor de los viáticos de acuerdo con los topes señalados en este artículo se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación mensual básica.
- b) Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- c) Los gastos de representación cuando se trate de funcionarios del nivel directivo.

Mientras las entidades reglamentan el reconocimiento de viáticos, podrán fijar a sus funcionarios los topes señalados en el presente artículo.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados en esta sentencia, las siguientes expresiones contenidas en el Decreto 1042 de 1978 *"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones"*:

1. *"del orden nacional"*, contenida en el artículo 1º.
2. *"a quienes se aplica este Decreto"*, contenida en el artículo 31.
3. *"para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º"* y *"de los enumerados en el artículo 1º de este Decreto"*, contenidas en el artículo 45.
4. *"por la ley"*, prevista en el artículo 46.
5. *"a que se refiere el artículo 1º de este Decreto"*, prevista en el artículo 50.
6. *"señaladas en el artículo 1º de este Decreto"*, indicada en el artículo 51.
7. *"Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto"*, contenida en el artículo 58.
8. *"a que se refiere el presente decreto"*, prevista en el artículo 62.

3. Síntesis de los fundamentos

En primer término, la Corte constató que los artículos 46, 50, 51 y 62 del Decreto 1042 de 1978 se encuentran actualmente derogados, en virtud de la subrogación prevista en el Decreto 1374 de 2010 y por el Decreto 1345 de 2012. Sin embargo, también encuentra que las normas demandadas puedan estar surtiendo efectos, particularmente en el marco de acciones judiciales en curso, en donde se pretenda su exigibilidad. Ante esta circunstancia, procedía su análisis de fondo frente a los cargos de inconstitucionalidad formulados en el presente proceso.

En segundo lugar, la Corporación estableció que si bien respecto a los artículos 45, 46 y 58 del Decreto 1042 de 1978, existe pronunciamiento sobre su constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución anterior, en sentencia No. 91 del 16 de octubre de 1986. No obstante, esta decisión no versa sobre los mismos problemas jurídicos planteados, por lo que se estaría, a lo sumo, ante el fenómeno de la cosa juzgada aparente, lo cual no inhabilita el examen del asunto por parte de la Corte Constitucional. Adicionalmente, el parámetro de constitucionalidad referente a las competencias para la fijación del régimen salarial de los servidores públicos, sufrió importantes modificaciones en razón de la Constitución vigente. Por ello, no puede

sostenerse que en este caso exista cosa juzgada, pues ello desconocería el principio de supremacía constitucional.

En esta oportunidad, le correspondió a la Corte dilucidar: *(i)* si de conformidad con la previsión constitucional contenida en el literal e) del artículo 150-19 de la Constitución, el Gobierno Nacional tiene la competencia exclusiva y excluyente para fijar el régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con exclusión de los empleados del Estado del nivel territorial; *(ii)* en caso de que la respuesta a la anterior cuestión fuera afirmativa, la Corte debía establecer si existe una discriminación y un desconocimiento de las competencias del Gobierno Nacional sobre la materia, al limitar los emolumentos salariales a favor de los servidores públicos vinculados a entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con exclusión de los empleados del Estado del nivel territorial.

Conforme a la línea jurisprudencial de esta Corporación, la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio del Estado Unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.

A juicio de la Corte, no es de recibo la tesis del actor, según la cual, el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno en desarrollo de la ley marco fijada por el Congreso. De ser así, se vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales en esta materia, a partir de una maximización del principio del Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades. Además, desde el punto de vista foral, exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición del Decreto 1042 de 1978.

En consecuencia, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado. En esa medida, si el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa, no están los presupuestos para entrar a dilucidar el segundo problema, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no podía llevarse a cabo. Por ende, se impuso la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esa sentencia.

EL CUESTIONAMIENTO PLANTEADO POR EL ACTOR NO SE REFIERE A LA COMPATIBILIDAD DE CONTENIDO NORMATIVO DEMANDADO, SINO A PROBLEMAS QUE SURGIRÍAN DE HIPÓTESIS EXCEPCIONALES DE SU APLICACIÓN. INHIBICIÓN POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

IV. EXPEDIENTE D-9439 - SENTENCIA C-403/13 (julio 3)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 1098 DE 2006

(Noviembre 8)

Por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

2. Decisión

INHIBIRSE de hacer un pronunciamiento de fondo en relación con lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral segundo del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte encontró que, en la medida en que los argumentos del actor se orientan a poner de presente los posibles problemas de constitucionalidad que podrían surgir en ciertas hipótesis excepcionales de aplicación de la norma demandada, pero no a controvertir, de manera general, la conformidad de dichos contenidos con la Constitución, los mismos no permiten estructurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad que habilite a la Corte para abordar, en sede de control abstracto de normas, el análisis de fondo del asunto, de manera que el fallo debía ser inhibitorio.

LA LIMITACIÓN DEL EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS "LEGÍTIMOS" CONFIGURA UN TRATO DISCRIMINATORIO PROHIBIDO POR LA CONSTITUCIÓN QUE IMPONE LA IGUALDAD ENTRE TODOS LOS HIJOS INDEPENDIENTEMENTE DEL ORIGEN DEL LAZO FILIAL

V. EXPEDIENTE D-9459 - SENTENCIA C-404/13 (julio 3)
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

1. Norma acusada

CÓDIGO CIVIL

ARTICULO 288. DEFINICION DE PATRIA POTESTAD. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos **legítimos**. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

ARTICULO 289. PATRIA POTESTAD POR LEGITIMACION. La **legitimación** da a los legitimantes la patria potestad sobre el menor de 21 años no habilitado de edad y pone fin a la guarda en que se hallare.

2. Decisión

Primero.- INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo contra el artículo 289 del Código Civil, porque el cargo propuesto en esta oportunidad por los demandantes, no reunió los requisitos que establece el Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional.

Segundo.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*legítimos*" contenida en el inciso segundo del artículo 288 del Código Civil, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte reafirmó que la patria potestad es una institución creada por el derecho para facilitar la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, lo que significa que no se ha otorgado a los padres en provecho personal, sino como un deber que reporta bienestar al menor en cuanto a la crianza, la educación, el establecimiento de la persona y en particular, lo relacionado directamente con la ayuda y asistencia que le deben otorgar al menor.

Siendo entonces la institución de la patria potestad un instrumento para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor y que, a su vez, sirve para imponer a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores (art. 42, inciso octavo C.Po.), limitar ese beneficio solo para los hijos "*legítimos*", es decir, a aquellos concebidos dentro del matrimonio de sus progenitores, desconoce de forma clara el postulado de igualdad material que debe existir entre los hijos, habida consideración que fija un parámetro de exclusión para aquellos hijos cuyo lazo filial tiene su cimiento extramatrimonial o adoptivo.

Para la Corporación, no cabe duda de que la expresión acusada pone en evidencia una diferenciación de trato entre los hijos que resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional, ya que restringe el disfrute de la protección que otorga la patria potestad ejercida conjuntamente por los padres, solo a los hijos habidos dentro del matrimonio, situación que genera una discriminación legal por el origen familiar o por el nacimiento de los hijos cuyo modo de filiación es extramatrimonial o adoptivo, desconociendo los principios y valores que enmarcan la Constitución Política de 1991, en especial, lo atinente a la igualdad de trato ante la ley que consagra el artículo 13 Superior. Adicionalmente, el vocablo "*legítimos*" pone de manifiesto un trato diferencial entre los hijos que gozan de una consanguinidad matrimonial y los que la detentan de forma extramatrimonial, situación que no está acorde con los postulados y valores constitucionales y que desconoce el principio de la dignidad humana que se predica de todas las personas sin distinción alguna. Por consiguiente la expresión censurada del artículo 288 del Código Civil fue declarada inexecutable, por desconocer los artículos 13 y 42 de la Constitución.

LA ADSCRIPCIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE JUGOS DE SUERTE Y AZAR AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ES COHERENTE CON LOS PROPÓSITOS Y OBJETIVOS TRAZADOS POR LA LEY 1444 DE 2011, AL CONCEDER FACULTADES PARA RENOVAR LA ADMINISTRACIÓN

VI. EXPEDIENTE D-9394 - SENTENCIA C-405/13 (julio 3)
M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

1. Norma acusada

DECRETO 4144 DE 2011

(Noviembre 3)

Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se reasignan funciones

ARTÍCULO 1. *DETERMINACIÓN DE ADSCRIPCIÓN.* El Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar creado en el artículo 46 de la Ley 643 de 2001, estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ARTÍCULO 2. *INTEGRACIÓN.* El Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, quedará integrado así:

1. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Salud y Protección Social o su delegado.
3. El Presidente de COLJUEGOS.
4. Un (1) representante de la Federación Nacional de Gobernadores.
5. Un (1) representante de la Federación Colombiana de los Municipios.
6. Dos (2) miembros independientes nombrados por el Gobierno Nacional.

La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar será ejercida por el Vicepresidente de Desarrollo Organizacional de la Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada COLJUEGOS.

ARTÍCULO 3º (en el texto publicado aparece como ARTÍCULO 2º *sic es 3º*). *FUNCIONES* Modifícase el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, el cual quedara así:

“Artículo 47. *Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.* Le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, cumplir las siguientes funciones:

1. Aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.
2. Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.
3. Establecer los eventos o situaciones en que las empresas que sean administradoras u operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, deban someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional o deben ser definitivamente liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros.
4. Establecer el término y condiciones en que las empresas que sean administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, podrán recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.
5. Evaluar anualmente la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.
6. Determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas territoriales operadoras de juegos de suerte y azar, podrán utilizar como reserva de capitalización y señalar los criterios generales de utilización de las mismas. Así mismo, determinar los recursos a ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios.
7. Vigilar el cumplimiento de la Ley 643 de 2001 y de los reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.
8. Llevar las estadísticas y recopilar la información relacionada con la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, que corresponda a las entidades territoriales.
9. Preparar reglamentaciones de ley de régimen propio, y someterlas a consideración al Ministro de Hacienda y Crédito Público.
10. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar en el nivel territorial.
11. Darse su propio reglamento.
12. Las demás que le asigne la ley.

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 1º del Decreto Ley 4144 de 2011, por los cargos analizados en esta sentencia.

Segundo.- INHIBIRSE para proferir sentencia respecto de los artículos 2º y 3º del Decreto Ley 4144 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

En este caso, la Corte Constitucional debía establecer, si el Presidente de la República desbordó el ámbito de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas con la Ley 1444 de 2011, artículo 18, literales d) y h), al cambiar la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, pasándolo del Ministerio de Salud al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Según el actor, la norma habilitante únicamente estaba referida a órganos del sector descentralizado de la administración pública y el mencionado Consejo hace parte del sector central de la misma.

La Corporación encontró que el Gobierno Nacional para expedir el Decreto 4144 de 2011, del cual hacen parte los artículos demandados invocó los literales d) y h) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011. En efecto, El Congreso de la República concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para renovar y modificar la estructura de la Administración Pública Nacional. Para tal efecto, el ejecutivo quedó habilitado, entre otras atribuciones, para: d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública Nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado y para h) determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas. Sin embargo, es evidente que al ejercer sus atribuciones como legislador extraordinario, el ejecutivo también estaba investido de la autorización otorgada por el literal c) del citado artículo 18, esto es, para "Modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos". Es decir, las facultades extraordinarias empleadas para expedir el Decreto 4144 de 2011, también estaban fundadas en lo dispuesto por el literal c) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

La Corte advirtió, que mediante esta ley, fue escindido y reorganizado el Ministerio de Salud, dando lugar a la creación del Ministerio de Salud y Protección Social y de esta manera, fue reestructurado el sector administrativo correspondiente. Entre los cambios que afectaron el sector de la salud y la seguridad social se cuenta la creación de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, denominada COLJUEGOS, empresa descentralizada del orden nacional vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Al mismo tiempo, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar estaba adscrito al Ministerio de Salud, pero con la reestructuración de este sector administrativo resultaba conveniente retirarlo del mismo, para adscribirlo al sector de Hacienda y Crédito Público, siguiendo con esta determinación lo dispuesto en el artículo 18, parágrafo primero de la Ley 1444 de 2011, según el cual, las facultades extraordinarias deberían ser ejercidas buscando "*hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública y con el objeto de lograr la mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos*".

En relación con las facultades extraordinarias concedidas al ejecutivo por medio del literal d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, ya esta Corporación había determinado en la sentencia C-366/12, que este literal presenta un aparente nivel de generalidad, al prescribir que el Presidente de la República podrá "reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado", pero se trata de una facultad que debe ser estar vinculada a los propósitos y objetivos de la ley que la contiene. Por tal motivo, la facultad de reasignar funciones y competencias debe guardar coherencia temática y teleológica con las materias reguladas en la ley habilitante.

En este orden, la Corte Constitucional concluyó que el cambio realizado por el Gobierno al pasar el órgano asesor de la política de explotación, organización y control de la operación de los juegos de suerte y azar, al sector administrativo donde se encontraba el órgano ejecutor de la misma política (COLJUEGOS), es coherente con los propósitos y objetivos trazados con la Ley 1444 de 2011, quedando el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y COLJUEGOS vinculado al mismo Ministerio.

POSIBILIDAD DE REELECCIÓN DEL AUDITOR GENERAL DE LA NACIÓN NO ES APLICABLE PARA EL PERÍODO INMEDIATO

VII. EXPEDIENTE PE-037 - SENTENCIA C-406/13 (julio 4)
M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

1. Norma revisada

TEXTO CONCILIADO AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 189 DE 2011 SENADO, 104 DE 2011 CÁMARA, ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 109 DE 2011 CÁMARA

Por medio de la cual se modifica el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 270 de 1996.

Artículo 1º. El numeral 9 del artículo 35 de la Ley 270 de 1996 quedará así:

9. Elegir, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia al Auditor encargado de la vigilancia de la gestión fiscal ante la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales o a quien deba remplazarlo en sus faltas temporales o absolutas. El auditor podrá ser reelegido por una sola vez, siempre y cuando esté incluido en la terna de que trata el artículo 274 de la Constitución Política.

Artículo 2º. La presente ley rige a partir de su promulgación.

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por su aspecto formal, el Proyecto de Ley Estatutaria No. 189 de 2011 Senado, 104 de 2011 Cámara (acumulado con el Proyecto de Ley No. 109 de 2011) "*por medio de la cual se modifica el numeral 9º del artículo 35 de la ley 270 de 1996.*

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE**, por el contenido material, el artículo 1º del Proyecto de Ley Estatutaria No. 189 de 2011 Senado, 104 de 2011 Cámara (acumulado con el Proyecto de Ley No. 109 de 2011) "*por medio de la cual se modifica el numeral 9º del artículo 35 de la ley 270 de 1996*", en el entendido de que el Auditor General de la República no podrá ser reelegido para el período inmediato.

Tercero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por el contenido material, el artículo 2º del Proyecto de Ley Estatutaria No. 189 de 2011 Senado, 104 de 2011 Cámara (acumulado con el Proyecto de Ley No. 109 de 2011) "*por medio de la cual se modifica el numeral 9º del artículo 35 de la ley 270 de 1996*".

3. Síntesis de los fundamentos

De conformidad con el numeral 8 del artículo 241 de la Constitución, la Corte efectuó la revisión oficiosa e integral del proyecto de ley estatutaria No. 189/11 Senado, 104/11 Cámara (acumulado con el proyecto de ley No. 109/11), por medio de la cual se modifica la función del Consejo de Estado de elegir al Auditor General de terna que elabora la Corte Suprema de Justicia, en dos aspectos: de un lado, precisa que la competencia de control fiscal del Auditor General cubija a las contralorías departamentales, distritales y municipales; de otro, establece la posibilidad de reelección del Auditor General por una sola vez, siempre y cuando sea incluido en la respectiva terna.

Examinado el trámite surtido por el mencionado proyecto de ley estatutaria, la Corte constató que se cumplieron a cabalidad, los requisitos constitucionales exigidos en el debate y

aprobación de un proyecto de ley de esta naturaleza, razón por la cual, procedió a declarar su exequibilidad, por el aspecto formal.

En cuanto al contenido material del artículo 1º del proyecto de ley objeto de revisión, la Corte Constitucional encontró que al admitir la reelección inmediata de quien se desempeñe como auditor, el legislador viola los artículos 1º, 2º, 13, 40, 113, 121, 136 numeral 2º, 209, 267, 272 y 274 de la Constitución Política, en tanto altera el modelo de control fiscal establecido en sus artículos 267 y siguientes, cambia las circunstancias de acceso a los cargos ubicados en el vértice del sistema de control fiscal, interfiere en el control democrático sobre quienes ejercen la vigilancia de la gestión fiscal y compromete el principio de separación de poderes. Las razones se enuncian a continuación.

Este juicio de constitucionalidad, por ser integral y definitivo, le exigía a la Corte preguntarse no sólo si la norma objeto de revisión se ajustaba al artículo 274 Superior (que se refiere al auditor general), sino si respetaba la totalidad de los compromisos consolidados en la Constitución de 1991. Esto suponía determinar, si le corresponde al legislador abrir la puerta para que una autoridad que está en el vértice del control fiscal sea reelegida, en un contexto constitucional en el que hay suficientes elementos para concluir que existen compromisos reforzados de: (i) evitar que quienes ocupan los máximos órganos del control fiscal adelanten ejercicios encaminados a perseguir su propia reelección (CP arts. 209, 267 y 272); (ii) asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos como forma de respetar el derecho a la igual participación política (CP arts. 2º, 13 y 40); (iii) garantizar la separación de poderes, limitando el poder del legislador para transformar los órganos del Estado (CP arts. 1º, 113, 121 y 136 num. 2º); (iv) respetar y promover la participación democrática en el control sobre quienes ejercen la vigilancia de la gestión fiscal.

A juicio de la Corporación, la Carta de 1991 no es indiferente al modo como el legislador regule las atribuciones de control fiscal que ejercen los altos funcionarios a los cuales se refieren sus artículos 267 y siguientes. En lo que respecta a la posibilidad de reelegir a los contralores, los artículos 267 y 272 establecen con carácter perentorio que estos no pueden ser reelegidos para el período inmediato. El artículo 272 específicamente señala, en un inciso independiente de los demás, que "[n]ingún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato". Este límite a la posibilidad de reelección inmediata, en concepto de la Sala Plena de la Corte Constitucional, es aplicable al auditor general por varios motivos.

Primero, porque el auditor ejerce justamente una función predicable de los demás contralores, que es vigilar la gestión fiscal (CP art. 274). Segundo, porque buena parte de la regulación del auditor está incluida dentro del artículo 274 de la Carta, el cual forma parte del Capítulo 1, Título X, que habla *De la Contraloría General de la República*, en el cual se ubican las normas que definen los límites fundamentales de los contralores. Tercero, porque en los debates que se surtieron en torno a esta figura en la Asamblea Nacional Constituyente, se advierte que el instituto del auditor fue concebido como un contralor ('Contralor del Contralor General'). Cuarto, porque en todo caso la del auditor es una institución definitoria en el modelo de control fiscal diseñado por la Constitución, y dentro de ese modelo se aprecia una desconfianza hacia la posibilidad de que las autoridades de control fiscal ubicadas en el vértice sean reelegidas inmediatamente (CP arts. 267 y 272), lo cual se explica por los efectos que esto podría tener para el correcto ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal, y colateralmente para el buen funcionamiento de la administración pública (CP art. 209). Admitir que el Congreso está autorizado para abrir la puerta a la reelección inmediata de una pieza clave en el modelo de control fiscal, equivaldría a desconocer los fundamentos y fines que inspiraron el diseño de ese modelo de vigilancia fiscal. Quinto, porque esta interpretación de la parte orgánica es la que realiza en mejor medida el derecho a participar en igualdad de condiciones en la conformación del poder público (CP arts. 2º, 13 y 40). Sexto, porque esto resulta consistente con lo sostenido en la sentencia C-037 de 1996, en la cual la Corte Constitucional declaró que la prohibición de reelegir al auditor, establecida entonces en la norma objeto de revisión, no hacía otra cosa que reiterar lo dispuesto en la Carta de 1991.

En vista de todo lo anterior, dado que el artículo 150 de la Constitución no le confiere atribución expresa al Congreso para abrir la puerta a la reelección inmediata del auditor, no

es dable entender que tal atribución esté comprendida en la cláusula general de competencias del órgano legislativo. En tal medida, al autorizar la reelección inmediata del auditor el legislador desbordó los límites de sus propias competencias y desconoció la separación de funciones (CP arts. 1º, 113, 121 y 136 num. 2º).

Para la Corte, si bien la mera norma Estatutaria cuyo proyecto se revisa podía derogar la anterior en cuanto que, respecto de la reelección del auditor, aquella lo descartaba absolutamente, tal permisión no podía contradecir uno de los principios constitucionales orientadores del control fiscal que la prohíben "para el periodo inmediato", variación que, así concebida, se ajusta cabalmente a los mencionados principios de la Carta, de allí que se imponía un condicionamiento en ese sentido.

En ese orden, la Corte Constitucional llegó a la conclusión que inadmitir la reelección inmediata del Auditor General resulta ser el entendimiento mayormente plausible, pues, con ello se asegura la alternación en el control que dicho funcionario ejerce sobre la gestión de las contralorías, atendiendo con ello el propósito inequívoco que se deriva del hecho de que el constituyente de 1991, le haya asignado un periodo de dos (2) años, no obstante ser mayor el periodo de los funcionarios que controlan.

Por tanto, el artículo 1º del Proyecto de Ley Estatutaria No. 189 de 2011 Senado, 104 Cámara (acumulado con el Proyecto de Ley No. 109 de 2011) '*por medio de la cual se modifica el numeral 9º del artículo 35 de la ley 270 de 1996*', es exequible pero solo en el entendido de que el Auditor General de la Nación no podrá ser reelegido para el período inmediato.

En relación con la competencia del Auditor General para ejercer el control fiscal sobre las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Corte advirtió que es la propia Constitución (art. 274, inciso segundo) la que le asignó al legislador la manera de ejercer la vigilancia de dichas contralorías, razón por la cual no está prevista prohibición constitucional para que dicha función le sea otorgada al Auditor General, más allá de la imposibilidad de excluir a dicha autoridad del control que frente a la Contraloría General le otorga directamente el mismo precepto constitucional. Así lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-110/98 y lo ratificó en la sentencia C-1339/00. Por esta razón, el artículo 1º se del proyecto de ley estatutaria examinado, se ajusta de manera clara, a la normatividad constitucional.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez** y **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** salvaron el voto respecto de la decisión de exequibilidad condicionada del proyecto de ley estatutaria revisado, toda vez que en su concepto, la norma estatutaria no contradecía norma alguna de la Constitución. A su juicio, la posibilidad de reelección del Auditor General de la República se ajusta al ordenamiento constitucional por las siguientes razones: **(i)** En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la prohibición de reelección de un funcionario público cuando la misma no se origina directamente de la Constitución, constituye una limitación del derecho de acceso al desempeño de cargos públicos previsto en el numeral 7º del artículo 40 del Texto Superior, por lo que su consagración no sólo se debe someterse a un criterio eminentemente excepcional, sino que además debe estar acorde con el principio constitucional de razonabilidad. En el caso del Auditor General de la República no existe prohibición constitucional que impida su reelección, como se prevé en la Constitución Política frente a otras autoridades públicas por lo que la limitación de rango legal existente hasta el momento prevista en el numeral 9º del artículo 35 de la Ley 270 de 1996, es susceptible de ser modificada o reformada por el propio legislador, en aras permitir el pleno ejercicio del derecho de acceso al desempeño de cargos públicos, sin limitaciones que en este punto condicionen el alcance del derecho al sufragio pasivo. En efecto, el artículo 274 del Texto Superior tan sólo prevé que el período del Auditor será de dos años, sin impedir ni autorizar su reelección. **(ii)** En segundo lugar, esta Corporación ha admitido que en aquellos casos en que no exista un mandato constitucional que se pronuncie sobre la procedencia o no de reelección de un funcionario, es posible que su determinación se realice por parte del

legislador, en desarrollo de la potestad de configuración normativa que subyace en los artículos 122, 123, 150.1 y 150.23 de la Constitución Política, conforme a los cuales se autoriza al Congreso de la República para establecer los requisitos que permitan o limiten las condiciones de elegibilidad de una persona para desempeñar un cargo público. (iii) De lo anterior se infiere que, en el caso *sub examine*, bien podía el legislador modificar la prohibición de reelección prevista en el original numeral 9º del artículo 35 de la Ley 270 de 1996, para en su lugar permitir su procedencia por una sola vez, siempre y cuando el Auditor esté incluido en la terna de que trata el artículo 274 de la Constitución Política. La reforma como tal se ajusta al principio de razón suficiente, pues –como se expuso en los antecedentes legislativos– parte de la base de reconocer lo insuficiente que resulta el período de dos años para que el Auditor pueda ejecutar proyectos sólidos y a largo plazo para la mejora del control fiscal, al tiempo que sugiere que esa ampliación del período por el fenómeno de la reelección no es automática sino que está sujeta a que el citado funcionario sea incluido por la Corte Suprema de Justicia en la terna que exige el artículo 274 del Texto Superior y a que el Consejo de Estado lo elija, lo que necesariamente supone un juicio sobre su conveniencia y sobre el desempeño exhibido por el Auditor.

Los magistrados **María Victoria Calle Correa**, **Jorge Iván Palacio Palacio**, **Nilson Pinilla Pinilla** y **Luis Ernesto Vargas Silva** aclararon su voto, sobre diversos aspectos de la fundamentación de la decisión sobre el contenido material del proyecto de ley estatutaria examinado en esta oportunidad.

EXPEDIENTE LAT-400**M.P. Mauricio González Cuervo**

LA CORTE CONSTITUCIONAL DECIDIÓ PROSEGUIR CON EL TRÁMITE DE REVISIÓN OFICIOSA DE LA "CONVENCIÓN DE LOS APÁTRIDAS", ADOPTADA EN NUEVA YORK EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 1954 Y DE LA "CONVENCIÓN PARA REDUCIR LOS CASOS DE APÁTRIDAS", ADOPTADA EN NUEVA YORK EL 30 DE AGOSTO DE 1961 Y APROBADA MEDIANTE LA LEY 1588 DE 2012

La Sala Plena de la Corte Constitucional encontró que, de conformidad con los lineamientos que ha establecido la jurisprudencia constitucional en esta materia, en el trámite de la Ley 1588 de 2012 no se configuraba el vicio de procedimiento que la magistrada ponente **María Victoria Calle Correa** consideró se había producido en relación con el aviso previo exigido en el inciso final del artículo 160 de la Constitución. En este sentido, había presentado a consideración de la Sala un proyecto de auto en el que proponía devolver al Congreso la Ley 1588 de 2012, con el fin de que se subsanara el vicio de procedimiento subsanable que, a su juicio se había presentado en el trámite de esta ley. Por mayoría, la Sala Plena no aprobó esta propuesta. En consecuencia, fue designado como nuevo ponente, el magistrado **Mauricio González Cuervo**, quien asume la elaboración del proyecto de fallo en que se revisará tanto por su aspecto formal, como material los Convenios aprobados por medio de la Ley 1588 de 2012.

Los magistrados **María Victoria Calle Correa**, **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo**, **Jorge Iván Palacio Palacio** y **Luis Ernesto Vargas Silva** salvaron su voto. A su juicio, en el trámite de la Ley bajo revisión se presentó un rompimiento en la cadena de anuncios que exige el artículo 160 último inciso de la Constitución. En efecto, el anuncio para primer debate en Cámara de Representantes se hizo inicialmente en la sesión del 30 de mayo de 2012, como consta en el Acta No. 26 de esa fecha, contenida en la Gaceta del Congreso No. 563 del 28 de agosto de 2012. En dicha Acta puede leerse que el Secretario de la Comisión dijo: "*Anuncio de Proyectos de ley para la discusión y aprobación en primer debate para dar cumplimiento al artículo 8º del Acto Legislativo número 01 de 2003, para ser discutidos y votados en la próxima sesión donde se discutan y aprueben Proyectos de Ley*", y luego anunció el "**Proyecto de ley número 170 de 2011 Cámara, 109 de 2011 Senado, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apátridas, adoptados en Nueva York el 30 de agosto de 1961**".

La "próxima sesión", a la cual se refería el anuncio, se llevó a cabo el 5 de junio. No obstante, en esa sesión no se discutió y aprobó el proyecto de ley, pues la Comisión se dedicó a la presentación y aprobación de proposiciones y a adelantar un debate de control político. Al final de esa sesión, empero, se hizo el anuncio de que en la siguiente se debatiría el Proyecto de ley 239 de 2012 Cámara, 212 de 2012 Senado, *por medio de la cual se aprueba la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París República Francesa el 21 de noviembre de 1997*. La forma de hacer el anuncio indica, sin embargo, que sólo iba a discutirse ese proyecto, y que en esa medida la siguiente sesión se contraería a ello, toda vez que a la pregunta de si había otro punto pendiente en el orden del día, el secretario contestó: "no señor ya se agotó el orden del día" –Acta No. 27, Gaceta del Congreso No. 563 del 28 de agosto de 2012:

"Hace uso de la palabra la Secretaria General de la Comisión Segunda, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Sí señor Presidente. Cuarto. Negocios sustanciados por presidencia, señor Presidente hay un anuncio para realizar.

Hace uso de la palabra el señor Presidente, honorable Representante Juan Carlos Sánchez Franco:

Hagámoslo señora Secretaria.

Hace uso de la palabra la Secretaria General de la Comisión Segunda, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Sí señor. ¿Para cuándo se anuncia señor Presidente?

Hace uso de la palabra el señor Presidente, honorable Representante Juan Carlos Sánchez Franco:

Se cita para el día jueves a las 0.05 a.m.

Hace uso de la palabra la Secretaria General de la Comisión Segunda, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Se anuncian para el día jueves a las 0. 05 minutos de la mañana.

Proyecto de ley 239 de 2012 Cámara, 212 de 2012 Senado, por medio de la cual se aprueba la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París República Francesa el 21 de noviembre de 1997.

Presentado por la Ministra de Relaciones Exteriores doctora María Ángela Holguín Cuéllar y el Ministro de Justicia doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

Así se hará señor Presidente para pasado mañana, jueves 7 de junio de 2012, a las 0.05 horas a. m.

Hace uso de la palabra el señor Presidente, honorable Representante Juan Carlos Sánchez Franco:

Señora Secretaria continúe, ¿hay algún otro punto en el Orden del Día?

Hace uso de la palabra la Secretaria General de la Comisión Segunda, doctora Pilar Rodríguez Arias:

No señor ya se agotó el Orden del Día.

Hace uso de la palabra el señor Presidente, honorable Representante Juan Carlos Sánchez Franco:

Agotado el Orden del Día se levanta la sesión y se cita para mañana a las 0.05 horas de la mañana.

Hace uso de la palabra la Secretaria General de la Comisión Segunda, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Así se hará señor Presidente.

Se levanta la sesión a las 12:10 m".

Al proceso se allegó una certificación, de acuerdo con la cual el anuncio para la discusión y votación de la Ley ahora bajo revisión se había surtido en la sesión del 30 de mayo de 2012. No obstante, en esa ocasión se dijo que el entonces proyecto de ley habría de ser discutido y votado en la "próxima sesión donde se discutan y aprueben Proyectos de Ley". Lo que ocurrió en la sesión siguiente fue, sin embargo, que se destinó todo el tiempo a la lectura de proposiciones y a la realización de un debate de control político. Al final de esa sesión se indicó que en la siguiente oportunidad se discutiría y votaría el Proyecto de ley 239 de 2012 Cámara, 212 de 2012 Senado, *por medio de la cual se aprueba la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París República Francesa el 21 de noviembre de 1997*. Y ese anuncio se hizo indicando que sería el objeto de la próxima sesión. No se dijo

nada en ese momento sobre la Ley aprobatoria objeto de control en esta oportunidad. Esto condujo a que en la sesión siguiente a esa, se discutiera y votara la Ley ahora declarada exequible sin que se respetara la continuidad en los anuncios. Esto implicaba, en criterio de los magistrados que salvaron el voto, que había un vicio subsanable de inconstitucionalidad, debiendo devolverse para su subsanación a la Cámara el proyecto en el cual se llevaría a cabo el debate. Por eso se apartaron de la decisión.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Presidente