



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL CONSEJO DE ESTADO

IV JORNADAS

Internacionales
de la Función
Consultiva

Avances, retos y futuro en el nuevo contexto mundial globalizado



Bogotá D. C., 24 y 25 de noviembre del 2022

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL
CONSEJO DE ESTADO



IV JORNADAS

Internacionales de la Función Consultiva

*Avances, retos y futuro en el nuevo contexto
mundial globalizado*

Bogotá D. C., 24 y 25 de noviembre del 2022

Créditos

Sala de Consulta y Servicio Civil

Ana María Charry Gaitán
Presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Óscar Darío Amaya Navas - Consejero

María del Pilar Bahamón Falla - Consejera

Édgar González López - Consejero

Coordinadora del encuentro

Ana María Charry Gaitán
Presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Agradecimientos

Consejo Superior de la Judicatura

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (EJRLB)

Mary Lucero Novoa Moreno - Directora de la EJRLB

Equipo organizador

Índira Johana Díaz Lindao

Sergio Andrés Chacón Sánchez

Liliana Patricia González Gómez

María Elisa Quintero Márquez

María José Poveda Ochoa

Lina María Mejía Londoño

Mario Martínez Alférez

Contenido

Inauguración del evento	4
Palabras del presidente del Consejo de Estado de Colombia	4
Palabras de la presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil	6
Estado del arte. Historia de la función consultiva.....	10
Funciones de los órganos consultivos	13
Competencia del Consejo de Estado francés relacionada con su función consultiva.....	22
Principales funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil.....	26
Interacción entre la función consultiva y contenciosa	35
Consejo de Estado y Tribunal Supremo de España: cruces e intersecciones.....	39
Perspectiva del derecho colombiano	43
Nuevos retos de la función consultiva: ¿Cómo se proyecta la función consultiva al año 2030?	47
Panel: impacto de la función consultiva en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y la Jurisdicción Constitucional.....	59
Panel: impacto de la función consultiva en la buena marcha de la administración pública	77
Función consultiva y contenciosa. Eficiencia, modernización y globalización	91
Panel: eficiencia y modernización de las funciones de la administración pública y la justicia	102
Globalización y su incidencia en la buena marcha de la administración pública	121
Breves conclusiones respecto de todos los temas	144
Referencias bibliográficas	146

INAUGURACIÓN DEL EVENTO

Palabras del presidente del Consejo de Estado de Colombia



Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio

Buenos días. Un saludo especial a la doctora Ana María Charry Gaitán, presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil, y a sus compañeros, Édgar González López, Óscar Darío Amaya Navas y María del Pilar Bahamón Falla.

Señores magistrados de las Altas Cortes: doctor Roy Barreras Montealegre, presidente del Congreso de la República; doctora Margarita Cabello Blanco, procuradora general de la Nación; doctor Néstor Osuna Patiño, ministro de Justicia y del Derecho; doctora Sandra Milena Urrutia Pérez, ministra de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones; señores exmagistrados del Consejo de Estado; representantes del Consejo de Estado de España, Luxemburgo y Francia; respetados representantes del Gobierno nacional, conferencistas nacionales e internacionales, servidores judiciales y asistentes que se conectan vía *streaming*, señoras y señores.

Agradezco la invitación de la doctora Ana María Charry Gaitán, presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para instalar las IV Jornadas Internacionales de la Función Consultiva «Avances, retos y futuro en el nuevo contexto mundial globalizado».

El desarrollo de la temática propuesta para estas jornadas, requiere necesariamente recordar la función consultiva asignada por el Libertador Simón Bolívar al Consejo de Estado, en el decreto expedido en la ciudad de Angostura, el 30 de octubre de 1817. A partir de la Ley 130 de 1913, la corporación sumó a su ámbito de competencia el rol jurisdiccional al asumir su calidad de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo. En la Constitución de 1991 fueron reiteradas dichas atribuciones y se incorporó al Consejo de Estado en la Rama

Judicial del poder público, con la separación de las facultades consultivas y de lo contencioso-administrativo.

Así las cosas, desde hace más de 200 años, la función originaria del órgano consultivo del Gobierno nacional contribuye de manera significativa e importante a la concreción de los fines institucionales, al cumplimiento de los propósitos del Estado social de derecho, y a la protección de las garantías constitucionales y legales de los ciudadanos.

Por esta razón, celebro este espacio académico en el que se profundizará sobre la historia de la función consultiva, su interacción con la competencia contencioso-administrativa, el impacto que tiene en la buena marcha de la administración pública, los retos a los que se enfrentará en los próximos años, y las novedades de la globalización. Resalto la pertinencia de fortalecer estas sesiones con el análisis comparado del ejercicio de esta labor, que permitirá conocer los avances y las estrategias que se ejecutan de manera exitosa en Francia, España y Luxemburgo, en un debate abierto, para compartir experiencias que aporten a futuras implementaciones.

Espero que las jornadas sean muy productivas y cumplan satisfactoriamente con los objetivos propuestos. Mil gracias.

Palabras de la presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil



Doctora Ana María Charry Gaitán

Señoras y señores, bienvenidos a las IV Jornadas Internacionales de la Función Consultiva «Avances, retos y futuro en el nuevo contexto mundial globalizado».

Debo iniciar agradeciendo al señor presidente del Consejo de Estado, doctor Carlos Enrique Moreno Rubio por sus palabras.

De igual manera, doy un especial saludo a nuestros invitados internacionales, presenciales y virtuales, quienes participarán activamente en las diferentes conferencias y paneles agendados para este evento.

A la señora Sandra María González de Lara Mingo, magistrada del Tribunal Supremo de España; a la señora Delphine Hedary, consejera de Estado de Francia; a los señores Patrick Santer, vicepresidente del Consejo de Estado del Gran Ducado de Luxemburgo; al señor Yves Struillou, consejero de Estado de Francia; al señor Matías de Saint-Lorette, magistrado letrado mayor del Consejo de Estado de Francia; al señor Cristóbal Rodríguez Giménez, magistrado letrado mayor del Consejo de Estado del Reino de España; al señor Carlos Romero Rey, magistrado letrado, coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo Español; y al señor Miguel Bordiú García-Ovies, secretario de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de España.

Extiendo, igualmente, mi saludo cordial a los expositores nacionales, consejeros y exconsejeros de Estado de Colombia, doctores Hernando Sánchez Sánchez, Rafael Suárez Vargas, Ramiro Pazos Guerrero, Julio Roberto Piza Rodríguez, Pedro Pablo Vanegas Gil, William Zambrano Cetina, Álvaro Namén Vargas, Danilo Rojas Betancourth, Germán Bula Escobar, y Augusto Hernández Becerra, quienes participarán particularmente en los paneles.

A los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, de la Corte Constitucional de Colombia, y al magistrado Mauricio Rodríguez Tamayo de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Al doctor Néstor Osuna Patiño, ministro de Justicia y del Derecho; a la doctora Sandra Milena Urrutia Pérez, ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; a la doctora Martha Lucía Zamora, directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE); al doctor Vladimir Fernández Andrade, secretario jurídico de la Presidencia de la República; al doctor Harvey Danilo Suárez Morales, secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); a la doctora Adriana Herrera Beltrán, gerente del Programa para la Transformación de la Justicia Digital en Colombia, Crédito BID.

Quiero también dar un saludo muy especial y agradecer a mis colegas de la Sala de Consulta y Servicio Civil, por su compromiso y arduo trabajo en la realización de este evento. A la doctora María del Pilar Bahamón Falla, al doctor Édgar González López y al doctor Óscar Darío Amaya Navas.

Igualmente, expresar mi agradecimiento al Consejo Superior de la Judicatura y a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, por su invaluable apoyo para llevar a buen término este evento. Asimismo, a la Alcaldía Mayor de Bogotá por el aporte logístico brindado, y por supuesto, agradecer muy especialmente el esfuerzo y compromiso decidido de los miembros de la comisión especial creada para la coordinación de estas jornadas.

Finalmente, extender un saludo muy cordial a todo el público asistente presencial y virtual, a los consejeros y exconsejeros de Estado de Colombia, y otras Altas Cortes, viceministros, directores jurídicos, asesores y funcionarios de los ministerios de Colombia, funcionarios de la administración pública y académicos.

Para la instalación de este evento internacional, me permito hacer mías las palabras de nuestro Libertador Simón Bolívar en la instalación del Congreso de Angostura de 1817, hace 205 años, al crear el Consejo de Estado en aquel momento histórico, solo constituido por la función consultiva.

Decía el Libertador:

La instalación de un cuerpo tan respetable y digno de confianza del pueblo es una época fausta de la Nación. El gobierno que, en medio de tantas catástrofes y aislado entre tantos escollos, no contaba antes con ningún apoyo, tendrá ahora por guía una congregación de ilustres militares, magistrados, jueces y administradores, y se hallará en lo futuro protegido, no solo de una fuerza efectiva, sino sostenido de la primera de todas las fuerzas, que es la opinión pública. La consideración popular, que sabrá inspirar el Consejo de Estado, será el más firme escudo del gobierno (Bolívar, 1817).

Estas palabras, que parecen escritas hoy, cobran mayor actualidad en este momento cuando atravesamos épocas faustas, en medio de tantas catástrofes y escollos, no solo para nuestra Nación, sino para el mundo globalizado. En este contexto, la función consultiva para los gobiernos del mundo cobra mayor trascendencia en los temas que nos importan y aquejan a todos, y que tienen que ver con los derechos humanos y fundamentales, tanto individuales como colectivos, la democracia y la organización del Estado social constitucional y democrático de derecho.

La función consultiva de todos los países tiene que ver con temas siempre actuales y vigentes, con el derecho viviente, con la ejecución de las constituciones y leyes vigentes, la aplicación del derecho internacional, el control de convencionalidad y la prevalencia del derecho europeo, para el caso de los países que hacen parte de esa comunidad. Así, como con asuntos de la mayor relevancia, tanto en los conceptos o dictámenes que se emiten, como en las propuestas de reforma legislativa o propuestas para mejorar la administración pública y la justicia.

Por eso, la realización de este evento, en el que Colombia ha tenido un particular liderazgo, y en el que dialogaremos y nos retroalimentaremos con otros países, reviste un especial interés en temas como el buen funcionamiento de los Consejos de Estado y la administración pública en el mundo globalizado.

Como lo advierte el título que identifica nuestro evento, son estas las IV Jornadas Internacionales de la Función Consultiva. La primera vez que este evento tuvo lugar ocurrió en el 2010, gracias al impulso de la Sala de Consulta y Servicio Civil colombiana. Posteriormente, tuvimos dos nuevos encuentros: uno en México, en el 2012, y otro en Luxemburgo, en el 2016.

Los seis años que han transcurrido desde entonces hasta la actualidad, comprenden sucesos significativos, por todos conocidos, con impacto en el orden de prioridades de la agenda global, y se desarrolla en un contexto histórico mundial convulsionado. El mundo afronta hoy problemas estructurales que conmina unir esfuerzos de los máximos órganos consultivos de los gobiernos en el mundo globalizado, y de las jurisdicciones contencioso-administrativas, en beneficio de la humanidad.

Las problemáticas globales comprenden riesgos para la vida y la salud de la población. Alteraciones medioambientales, crisis económicas, laborales y fiscales, entre otros. Estos asuntos exigen soluciones sistemáticas por parte de los gobiernos, apoyados por los consejos de Estado en el contexto de la evolución y adaptación al cambio, presurizado por la globalización. En este contexto, un alto en el camino para la reflexión y retroalimentación internacional sobre el impacto y la incidencia de los máximos órganos consultivos del mundo frente a estas problemáticas, resulta imperativo. Precisamente, el vigente encuentro de la función consultiva busca promover ese diálogo participativo que permita identificar y visualizar el papel que debe cumplir esta función desde una perspectiva histórica, crítica y constructiva.

Actualmente, prestamos nuestros servicios a gobiernos que asumen decisiones mucho más complejas, desde su estructuración hasta su aplicación, inspección y control, considerando además de sus propias realidades, las dinámicas transnacionales que no se pueden desconocer. En este escenario, los máximos órganos consultivos están llamados a tender puentes en pro de la conectividad entre los Estados, los gobiernos y los intereses supranacionales.

Por ejemplo, temas tan diversos como el concepto que debió emitirse sobre la adaptación que el Estado francés debe realizar en sus normas regulatorias en materia de salud, para adecuarlas al reglamento que sobre dicho tema dictaron el Parlamento y el Consejo Europeo, y que se impone normativamente al derecho interno. O como en España, donde el Consejo de Estado ha venido recibiendo múltiples casos de reclamaciones que se han presentado respecto a la posible responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas derivada de la pandemia y,

en especial, de las medidas públicas adoptadas por fuerza de las circunstancias de hecho para hacer frente a la misma. O como en Luxemburgo, cuyo órgano consultivo, pocos días atrás debió analizar y conceptualizar respecto de un proyecto de ley por el que se aprueba el acuerdo entre el Gran Ducado de Luxemburgo y el principado de Mónaco sobre el alojamiento de datos y sistemas de información, hecho en Luxemburgo. O como en Colombia, donde la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha conceptualizado históricamente, desde temas sobre derechos individuales hasta temas relativos a derechos económicos, sociales, culturales y del ambiente, temas democráticos y electorales, contractuales y orgánicos del Estado, de eficiencia, eficacia y digitalización de la administración pública y de la justicia, y a través de los cuales se ha venido aplicando y desarrollando la Constitución y las leyes vigentes, y que han tenido una gran trascendencia para el país, tanto a nivel nacional como regional. Igualmente, la Sala de Consulta ha incidido en la promulgación de leyes que han tenido gran alcance en la administración pública y de justicia.

Por ello, en la agenda de nuestro evento se abordarán los siguientes temas: la perspectiva histórica, en cuanto al estado actual de las funciones consultivas, la evolución de sus funciones, las estructuras de diferentes organismos de consulta, así como sus dinámicas actuales de trabajo. Seguidamente, dialogaremos sobre la interacción de la función consultiva y la función contenciosa. Después, tendremos el tema de los nuevos retos de la función consultiva y cómo se proyecta esta función para el año 2030, tema de gran importancia vista la complejidad de la agenda global. Posteriormente, conoceremos cuál ha sido el impacto de la función consultiva en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y la jurisdicción constitucional, en el que se verá la influencia o dificultades que una decisión consultiva puede causar en el ámbito de la jurisprudencia contenciosa, y/o constitucional. En ese mismo sentido, se hará un análisis sobre cuál ha sido el impacto de la función consultiva en la buena marcha de la administración pública. Para ello, resulta de la mayor importancia contar directamente con la visión de las autoridades públicas.

La segunda jornada iniciará con la referencia a la autonomía e independencia de las funciones consultivas y contenciosas. Continuaremos con uno de los temas de mayor evolución e impacto actualmente, como es el de eficiencia y modernización de las funciones de la administración pública y de justicia. Y finalmente, abordaremos el panel sobre la globalización y su incidencia en la buena marcha de la administración pública en el que se expondrán diversos temas que por su transversalidad y universalidad son objeto de análisis, por las salas de consulta de los países invitados y de los máximos órganos consultivos en el mundo globalizado.

Visto el programa académico estructurado, declaro instaladas las IV Jornadas Internacionales de la Función Consultiva. Invitamos a la participación de los aquí presentes y a quienes nos acompañan vía LiveSize y streaming, que son herramientas tecnológicas que nos permiten unirnos a este evento desde cualquier parte, y que se ofrecen gracias al soporte y colaboración del Centro de Documentación Judicial Cendoj, así como de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

A todos ustedes, bienvenidos y muchas gracias.

Estado del arte

Historia de la función consultiva



William Zambrano Cetina

Debo comenzar por expresar mi complacencia al verificar que la idea que se tuvo en el año 2010, de organizar unas primeras jornadas internacionales de la función consultiva, continúa en el tiempo y es posible ahora estar en el cuarto evento, luego de los realizados en México y en Luxemburgo. Estos significarán la renovación de la idea de retomar ese intercambio, y que muy seguramente, en una próxima oportunidad, las quintas jornadas estén en otro de los países que tienen estas funciones consultivas.

A continuación, me corresponde hacer un abrebocas histórico para ubicar el sentido, en esa línea de tiempo, de estas funciones consultivas:

Las funciones consultivas, en realidad, tienen una larga tradición que hunde sus raíces muy lejos en el pasado. Jean-Marc Sauvé, presidente del Consejo de Estado francés, decía en su momento, con alguna pretensión, que ellas se originan en el Senado romano, para luego entrar a recordar momentos particulares de la historia de los diferentes países. En el caso de Francia, hace un recorrido desde los inicios del Aula regia, para luego afirmar, en una ocasión en que coincidimos aquí en Colombia con Francisco Rubio Llorente, presidente del Consejo de Estado español, y algunos de los magistrados del Consejo de Estado francés, donde uno decía al otro que fue Francisco I, o que fue Carlos V quien lo originó. De esta manera, cada uno le daba relevancia en esa historia de la creación de los consejos de Estado en el mundo a uno u otro país.

En realidad, en el caso nuestro, esa manera de presentarlo tiene un sentido particular, porque cuando se juntan el mundo americano y el mundo europeo —y visto el momento en el que Europa llega a lo que hoy es Colombia—, es el mismo tiempo en el que coinciden en Europa, el tránsito de la idea de tener consejeros a consolidar una institucionalización de consejos de Estado, en los que, precisamente, esos dos protagonistas están allí en cada uno de estos países. A partir de ese entonces, comienza una historia de consolidación de la idea de un gobernante, que cada vez es más poderoso, pero cuyo poder requiere de buen consejo. Así, todo el siglo XVI estuvo marcado por una gran cantidad de textos, en los que se da relevancia a la necesidad

de que ese soberano tuviese un buen consejo, que sus decisiones estuviesen soportadas por la sabiduría y que este gobernante tuviese igualmente, la sapiencia de pedir consejo.

Posteriormente, con el tránsito al Estado liberal, la lógica fue otra, pues se llegó a la necesidad de consolidar en el Estado democrático una institucionalidad en la que la soberanía es otra. Entonces, ya no es el soberano quien requiere consejo, sino que estamos frente a un Estado de derecho que requiere fortalecerse, y un Estado liberal en el que lo que importa es la solidez jurídica. Así, se necesita un consejo para asegurar la vigencia de ese Estado de derecho. Es esa preeminencia precisamente de lo jurídico, donde el papel de los consejos de Estado toma una importancia fundamental.

El punto de referencia o quiebre, necesariamente, más allá de las discusiones doctrinales —las cuales son riquísimas y enormes, y las tenemos aquí también en Colombia—, es determinar si fue el consejo de Napoleón o no, el que marcó ese momento de la historia. Ahora bien, realmente, sí tuvo una influencia evidente en el resto de Europa, por lo que ese consejo napoleónico se convirtió en uno de los modelos, por lo menos, en los que se entendía que ese consejo jurídico debía darse.

Sabino Cassese, uno de los pensadores más importantes en el derecho administrativo en Italia, clasifica los tipos de consejos en tres grandes bloques, de acuerdo con la manera en que aconsejan en el mundo jurídico: (i) el primero, que corresponde a la lógica del mundo anglosajón, en la que no hay verdaderamente un órgano central consultivo. (ii) El segundo, como el inglés, en el que hay un llamado al poder judicial, a la jurisdicción que sirve, a su vez, de consejera. (iii) El tercer modelo, el Consejo de Estado establecido en ese momento, con la llegada de Napoleón y que, muy rápidamente evoluciona más allá de ser un consejero del monarca, que, en ese caso, ya correspondía a un emperador.

En efecto, al crearse en 1806 una comisión de lo contencioso, cambia la naturaleza de ese Consejo de Estado, y poco a poco, va dejando de ser consejero del monarca, toma autonomía, teniendo su propia dinámica y su propia lógica. Ese Consejo de Estado se convierte entonces en el modelo que servirá de referente en esa tarea de consolidar el Estado de derecho.

Para nosotros, esa idea llega con dos textos que simplemente nos marcan la referencia al comienzo de nuestra institucionalidad: son los de Bayona y Caris. Bayona para España significa la presencia en ese momento, de una institución que ya estaba allí. Luego de la salida de Napoleón, la figura del Consejo de Estado se mantiene en el texto constitucional de 1812.

Esos dos textos van a servir entre nosotros como referencia, pero con una influencia no tan marcada, pues ya se había creado, en 1811, un consejo, o mejor dicho un gobierno con dos consejeros. Más adelante, para 1815 se creó una especie de consejo, que acompañaba al ejercicio del poder, particularmente en la reforma que se va a hacer entre nosotros de las provincias de la Nueva Granada. Pero será, a pesar de las amplias discusiones que hemos tenido entre nosotros, que 1817 surge como la fecha en la que se consolida la creación por parte de Bolívar, del Consejo de Estado.

Ha habido entre nosotros una gran discusión de si fue ese modelo, y la preeminencia del texto de Napoleón lo que incidió en Bolívar, o si fueron los otros referentes que nos venían de España, y que ya teníamos aquí, como eran el Consejo de Castilla y el Consejo de Indias, así como las reales audiencias. Son debates para los que los invito, y quiero simplemente tener aquí, de cierta manera, un abrebocas para invitarlos a interesarse en la temática.

Lo cierto es que, desde entonces, la nuestra es una institucionalidad marcada por un sello que está presente en nuestras instituciones y que ha acompañado toda nuestra historia republicana: la idea de la necesidad y la utilidad de pedir consejo.

Nuestra función consultiva, creada en Angostura en 1817, se va a reproducir en nuestros textos constitucionales, a lo largo del siglo XIX, y se va a mantener en el momento en que se da el tránsito y consolidación del Estado de derecho de 1914. Precisamente, porque se reúnen todos los elementos de lo que hoy denominamos Estado de derecho y en el que se garantizan esos elementos. Ahí estará presente también el Consejo de Estado y la función consultiva, y se desarrolla en toda nuestra historia.

Esa función consultiva concentrada se encuentra establecida esencialmente en varios tipos de organismos, que esas constituciones van a marcar. En unas ocasiones, será específicamente el Consejo de Estado, en otras, no aparecerá el Consejo de Estado sin un Consejo de Gobierno, pero cumplirá esas funciones consultivas; en general, estaremos en una lógica en la que la idea de preparar previo a una decisión, de pensar antes de actuar y de asegurarse de que lo que se va a hacer corresponde con el ordenamiento jurídico, así lo respeta y lo desarrolla en el marco de la Constitución. Esta es una idea permanente en nuestra institucionalidad.

Una segunda línea de permanencia de esa historia institucional está centrada en que, desde el primer momento, el Consejo de Estado ha contribuido a la creación normativa. No tenemos aquí el tiempo para mirar el detalle de esta participación que tuvo el Consejo de Estado en el siglo XIX, pero quiero resaltar tres momentos fundamentales:

- 1830 a 1843. Particularmente en 1832, podría llamarse un momento glorioso para el Consejo de Estado en el que va a contribuir de manera fundamental a la creación de ese *corpus* legislativo nuevo nacional.
- Un segundo gran momento lo vamos a tener en el año 1886, cuando nuevamente el Consejo de Estados Unidos cobra un gran protagonismo en el desarrollo legal de la Constitución de 1886.
- Un tercer momento, luego de que en 1905 se fuera suprimido, hasta su restablecimiento en 1914, y se dio un nuevo dinamismo y apoyo a esa tarea legislativa de manera importante.

Entonces, aquí simplemente, como ven, mi tarea es dejarlos motivados para escuchar a los demás conferencistas.

Funciones de los órganos consultivos

Notas fundamentales del Consejo de Estado del Reino de España en lo relativo a su composición, competencias y funcionamiento



*Cristóbal Rodríguez Giménez
Letrado del Consejo de Estado*

Quienes me han precedido en el uso de la palabra han hecho referencia, someramente, a los antecedentes de la función consultiva, a la fundación del Consejo de Estado de España por parte de Carlos I de España y V de Alemania, y al brillante papel que esta institución ha jugado en la historia moderna y contemporánea de España. No creo que sea necesario insistir sobre ese aspecto. Por ello, considero mucho más interesante centrar mi intervención en explicar las notas fundamentales del Consejo de Estado de España en la actualidad, en lo que se refiere a su composición, competencias y funcionamiento.

El Consejo de Estado se encuentra regulado en la Ley Orgánica 3/1980, del 22 de abril, del Consejo de Estado (en adelante, LOCE) y por el Real Decreto 1674/1980, del 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (en adelante, ROCE).

I. Composición

El Consejo de Estado está integrado por el presidente, los consejeros de Estado, el secretario general y los letrados del Consejo de Estado.

A. PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

El presidente es nombrado libremente por el consejo de ministros mediante RD entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos de Estado (Ley Orgánica 3, 1980, art. 6).

Le corresponde fijar el orden del día del Pleno, de la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios, presidir sus sesiones y ejercer la jefatura de todas las dependencias del Consejo de Estado y su representación (Real Decreto 1674, 1980, art. 17).

B. CONSEJEROS DE ESTADO

Los consejeros de Estado se clasifican en tres clases: consejeros permanentes de Estado; consejeros natos de Estado y consejeros electivos de Estado (Real Decreto 1674, 1980, art. 21).

C. CONSEJEROS PERMANENTES

Los consejeros permanentes, en número igual al de las secciones del consejo —actualmente nueve—, son nombrados sin límite de tiempo, por el Real Decreto entre personas que están o hayan estado comprendidas en alguna de las categorías que prevé la LOCE (ministro, presidente o miembro de los consejeros ejecutivos de las Comunidades Autónomas; consejero de Estado; miembro de los consejos consultivos u órgano equivalentes de las Comunidades Autónomas; letrado mayor del Consejo de Estado; académico de número de las Reales Academias integradas en el Instituto de España; profesor numerario de disciplinas jurídicas, económicas o sociales en facultad universitaria, con quince años de ejercicio; oficial general de los cuerpos jurídicos de las Fuerzas Armadas; funcionarios del Estado con quince años de servicios al menos en cuerpos o escalas para cuyo ingreso se exija título universitario; exgobernadores del Banco de España) (Ley Orgánica 3, 1980, art. 8).

En todo caso, dos de los consejeros permanentes deberán pertenecer al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado (Real Decreto 1674, 1980, art. 25) y son inamovibles en sus cargos. Solo podrán cesar en su condición por renuncia, delito, incapacidad permanente o incumplimiento de su función, apreciada en el Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros, previa audiencia del interesado e informe favorable del Consejo de Estado en Pleno (Ley Orgánica 3, 1980, art. 11).

Así mismo, estos tienen la obligación de asistir con voz y voto a las sesiones, así del Pleno como de la Comisión, siempre que hubieran sido citados reglamentariamente, y deberán excusar su asistencia cuando esta les fuese imposible. Por otra parte, en las sesiones podrán discutir los dictámenes, impugnarlos o defenderlos, proponiendo su modificación, aceptación o desestimación, que sean retirados o bien que queden sobre la mesa o que se amplíen sus antecedentes. En el caso de discrepar del parecer de la mayoría, podrán formular, en tiempo y forma, un voto particular y razonado (Real Decreto 1674, 1980, art. 33).

D. CONSEJEROS NATOS

Los consejeros natos de Estado son quienes, en cada momento, ostenten los siguientes cargos: i) el director de la Real Academia Española y los presidentes de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas, y de Jurisprudencia y Legislación; ii) el presidente del Consejo Económico y Social; iii) el fiscal general del Estado; iv) el jefe del Estado Mayor de la Defensa; v) El Presidente del Consejo General de la Abogacía; vi) el presidente de la Comisión General de Codificación o el presidente de su Sección Primera, si aquel fuera ministro del Gobierno; vii) el abogado general del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado; viii) el director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; ix) el gobernador del Banco de España (Ley Orgánica 3, 1980, art. 8). En total, son nueve.

Cesan en su condición de tales cuando dejan de ostentar los cargos que hayan determinado su nombramiento. Adicionalmente, en cualquier momento pueden adquirir la condición de consejeros natos de Estado con carácter vitalicio quienes hayan desempeñado el cargo de presidente del Gobierno, manifestando al presidente del Consejo de Estado su voluntad de incorporarse¹. Este tipo de consejero puede renunciar, en cualquier momento, a su condición de tal.

Tienen en el Pleno, las mismas funciones que los consejeros permanentes (Real Decreto 1674, 1980, art. 38).

E. CONSEJEROS ELECTIVOS

Los consejeros electivos de Estado, en número de diez, son nombrados por Real Decreto, por un período de cuatro años, entre quienes hayan desempeñado cualquiera de los siguientes cargos: a) diputado o senador de las Cortes Generales; b) magistrado del Tribunal Constitucional, juez o abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; c) defensor del pueblo; d) presidente o vocal del Consejo General del Poder Judicial; e) ministro o secretario de Estado; f) presidente del Tribunal de Cuentas; g) jefe del Estado Mayor de la Defensa; h) presidente o miembro del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma; i) embajador procedente de la carrera diplomática; j) alcalde de capital de provincia, presidente de Diputación Provincial, de Mancomunidad Interinsular, de Cabildo Insular o de Consejo Insular; k) rector de universidad (Ley Orgánica 3, 1980, art. 9).

Tienen en el Pleno, las mismas funciones que los consejeros permanentes (Real Decreto 1674, 1980, art. 38).

F. SECRETARIO GENERAL

El secretario general es nombrado por Real Decreto entre los letrados mayores, a propuesta de la Comisión Permanente aprobada por el Pleno. Asiste con voz pero sin voto a las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios (Ley Orgánica 3, 1980, art. 10); es el jefe directo del personal y del régimen interior de los servicios y dependencias del consejo, sin perjuicio de la superior autoridad del presidente y de las atribuciones de la Comisión Permanente, de la Comisión de Estudios y de los consejeros presidentes de Sección

G. LETRADOS

La condición de letrado del Consejo de Estado² se adquiere, únicamente, por oposición³. Asimismo, se distingue entre letrados y letrados mayores, llevándose a cabo el ascenso a letrado

● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

- 1 Esta previsión fue introducida por la reforma de la LOCE llevada a cabo en el 2004. Actualmente, ninguno de los expresidentes del Gobierno es consejero nato de Estado con carácter vitalicio.
- 2 Actualmente somos treinta y uno los letrados del Consejo de Estado en activo.
- 3 La oposición es el sistema de selección de funcionarios públicos más extendido en España. Consiste en la preparación y superación de una serie de exámenes en los que se debe acreditar el conocimiento de un temario previamente publicado en el Boletín Oficial del Estado. La oposición al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado es considerada como la más exigente de todas.

mayor entre letrados por riguroso orden de antigüedad en el Cuerpo. Los letrados realizan las funciones de estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del consejo (Ley Orgánica 3, 1980, art. 14); informar en Sección sobre los asuntos confiados a su estudio; y asistir a las sesiones de la Comisión Permanente y el Pleno, así como usar la palabra en ellas, a petición de cualquier consejero, previa venia del presidente; e introducir en el dictamen las modificaciones acordadas por los consejeros (Real Decreto 1674, 1980, art. 68).

II. Organización

El Consejo de Estado se organiza en Pleno, Comisión Permanente, Comisión de Estudios y secciones.

A. PLENO

El Pleno del Consejo de Estado está integrado por el presidente —que la preside— ; los consejeros permanentes; los consejeros natos; los consejeros electivos y el secretario general.

De igual manera, le corresponde el debate y aprobación de los asuntos expresamente enumerados en el artículo 21 de la LOCE (1980).

B. COMISIÓN PERMANENTE

La Comisión Permanente está compuesta por el presidente —que la preside—, los consejeros permanentes y el secretario general.

Asimismo, le corresponde el debate y aprobación de los asuntos expresamente enumerados en el artículo 22 de la LOCE (1980).

C. COMISIÓN DE ESTUDIOS

La Comisión de Estudios está compuesta por el presidente del Consejo de Estado —que la preside—; dos consejeros permanentes; dos natos y dos electivos, designados por el Pleno a propuesta del presidente, así como por el secretario general. La Comisión está asistida por al menos un letrado mayor y por los letrados que se consideren necesarios en función de las tareas encomendadas (Ley Orgánica 3, 1980, art. 5).

Le corresponde la elaboración de estudios o informes.

D. SECCIONES

Cada sección del Consejo de Estado se compone de un consejero permanente —que la preside—; un letrado mayor y los letrados que sean necesarios, según la importancia de los asuntos o el número de las consultas (Ley Orgánica 3, 1980, art. 13, ap. 2).

A cada sección le corresponde el despacho de los asuntos remitidos por uno o varios ministerios⁴.

III. Competencias

A) La consulta al Consejo de Estado puede ser preceptiva —cuando la LOCE u otras leyes así lo establecen—; o facultativa, cuando quienes están legitimados para ello, aun no siendo preceptivo, deciden someter un asunto a la consideración del Consejo de Estado. A continuación, se exponen de forma resumida, los asuntos que, con carácter preceptivo, deben ser sometidos al Consejo de Estado (Ley Orgánica 3, 1980, arts. 21 y 22):

- a) Competencias relacionadas con los proyectos de normas elaborados por el Gobierno o los ministerios:
 - a. Anteproyectos de reforma de la Constitución, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado.
 - b. Anteproyectos de Ley Orgánica de Transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas.
 - c. Anteproyectos de ley que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.
 - d. Proyectos de decreto-legislativo que aprueban textos articulados o textos refundidos.
 - e. Proyectos de disposiciones reglamentarias que se dicten, o bien en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo; o bien, en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones.

Cada vez es más frecuente que el Gobierno solicite el dictamen del Consejo de Estado sobre proyectos normativos, tanto anteproyectos de ley como proyectos de disposiciones reglamentarias, donde no es preceptivo someter a la consideración del Consejo de Estado.

En este ámbito, el Consejo de Estado se pronuncia sobre cuestiones de técnica normativa; cuestiones jurídicas de todo tipo e incluso, sobre cuestiones de oportunidad.

- b) Competencias en relación con la protección de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos:
 - a. Revisión de oficio, es decir, sobre solicitudes de declaración de nulidad de pleno derecho de actos administrativos cuando se invoquen las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el ordenamiento jurídico.

● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

4 Por ejemplo, a la Sección 5ª del Consejo de Estado le corresponde el despacho de los asuntos remitidos por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Adicionalmente, también despacha los asuntos procedentes del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

- b. Recursos extraordinarios de revisión.
 - c. Nulidad, interpretación y resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por el contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado.
 - d. Nulidad, interpretación, modificación y resolución de concesiones administrativas cuando se formule oposición por el concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.
 - e. Reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la administración del Estado, es decir, sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado (Estado-administración; Estado-juez; Estado-legislador), cuando la indemnización solicitada por el reclamante supere los cincuenta mil euros.
- c) Competencias relativas a los procesos constitucionales:
- a. Recursos de inconstitucionalidad que vayan a ser interpuestos por el Gobierno contra disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, con carácter previo a la interposición.
 - b. Conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
- d) Competencias relacionadas con la dirección por el Gobierno de la política exterior:
- a. Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
 - b. Problemas jurídicos que susciten la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales.
 - c. Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional.
 - d. En todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las cortes generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado.
- e) Competencias en materia presupuestaria y de Hacienda Pública:
- a. Concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito.
 - b. Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.

B) El Consejo de Estado solo puede emitir dictamen en aquellos asuntos que sometan a su consulta el presidente del Gobierno, el Gobierno, los ministros o los presidentes de las Comunidades Autónomas (Ley Orgánica 3, 1980, art. 25; Real Decreto 1674, 1980, art. 2).

C) La Comisión de Estudios ordena, dirige y supervisa la realización de los estudios, informes o memorias encargados por el Gobierno y, una vez concluidos, emitirá juicio acerca de su suficiencia y adecuación al encargo recibido. Asimismo, elabora las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno encomiende al Consejo de Estado y las somete al Pleno, que se pronunciará sobre ellos por mayoría simple. Los miembros discrepantes podrán formular, dentro del plazo que reglamentariamente se determine, votos particulares, los cuales se remitirán al Gobierno junto con el texto aprobado (Ley Orgánica 3, 1980, art. 23).

IV. Funcionamiento

A) iter de los asuntos en el Consejo de Estado

A continuación, se describe el *iter* que sigue un asunto cuando es remitido al Consejo de Estado.

a. Sección

El registro del Consejo de Estado distribuye, en función del ministerio o autoridad que solicite el dictamen, los asuntos entre las secciones a las que le corresponda el despacho de los asuntos remitidos por dicho departamento o autoridad.

Los expedientes ingresados en cada sección se distribuyen por el letrado mayor entre los letrados de la sección, mediante un riguroso orden de antigüedad de dichos letrados, y por turno estricto de ingreso de expedientes en el registro de la sección (Real Decreto 1674, 1980, art. 116). Excepcionalmente, el consejero permanente que presida la sección puede encomendar el despacho de un asunto determinado al letrado mayor.

A continuación, el letrado ponente procede a estudiar el expediente y a elaborar el proyecto de dictamen de acuerdo con su propio criterio. Para ello cuenta con carácter ordinario, con un plazo de dos meses y, en caso de que el dictamen se haya solicitado con carácter urgente, con un plazo de quince días. Una vez que el letrado ha terminado el proyecto de dictamen, lo remite a los miembros de la sección con la antelación suficiente —al menos 24 horas— para que todos puedan leer el texto del proyecto de dictamen previo a la celebración de la reunión de la sección en la que será examinado⁵.

La sección se reúne una vez por semana para debatir los asuntos remitidos por los letrados. Así, el debate parte de la base de que todos los miembros de la sección han leído los dictámenes y ello tiene como consecuencia que las intervenciones/sugerencias de los integrantes de la sección no sean de carácter general, sino que se refieren a aspectos concretos del texto del proyecto de dictamen que ha sido remitido y se caracterizan por su precisión y concisión.

● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

5 Con carácter general, todos los proyectos de dictamen que van a ser examinados en sección se remiten con un mínimo de 24 horas de antelación a los miembros de la sección.

Dichas intervenciones/sugerencias se someten a consideración de los integrantes de la sección y, en su caso, se introducen en el proyecto de dictamen. Una vez se ha debatido el proyecto de dictamen y se han introducido las modificaciones que se consideran pertinentes, la sección aprueba el dictamen.

Los dictámenes que han sido aprobados por las distintas secciones durante la semana, son incluidos al final de esa misma semana, en el orden del día de la Comisión Permanente de la semana siguiente y repartidos entre los consejeros para que tengan tiempo suficiente para estudiarlos.

b. Comisión Permanente

La Comisión Permanente se reúne todos los jueves, a las 10 de la mañana, para examinar los asuntos incluidos en el orden del día.

El debate de cada asunto comienza con la lectura del título del asunto por parte del presidente. A continuación, el presidente da la palabra a aquellos consejeros que la solicitan para que puedan hacer las consideraciones que estimen pertinentes y, en última instancia, al consejero ponente, para que exprese su opinión sobre las sugerencias realizadas por el resto de los consejeros, y al letrado ponente, para que concrete cómo van a ser incorporadas las sugerencias que, en su caso, hayan sido aceptadas por la mayoría de la Comisión Permanente⁶.

Una vez terminado el debate, el dictamen se somete a votación. Para su aprobación se requiere mayoría absoluta de votos de los asistentes, aunque lo frecuente es que se aprueben por unanimidad. Se admite la posibilidad de que los consejeros formulen votos particulares por escrito, si así lo consideran oportuno (Ley Orgánica 3, 1980, art. 17; Real Decreto 1674, 1980, art. 107).

La gran mayoría de dictámenes del Consejo de Estado son aprobados por la Comisión Permanente, de manera que, una vez han sido aprobados por esta, el dictamen es remitido a la autoridad consultante.

c. Pleno

Los proyectos de dictamen solo son sometidos a consideración del Pleno, una vez han sido aprobados por la Comisión Permanente, cuando así lo exige expresamente, la LOCE o la solicitud de dictamen que se haya recibido en el Consejo de Estado. En concreto, deben ser sometidos al pleno los asuntos que enumera el artículo 21 de la LOCE —por ejemplo, anteproyecto de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo—.

● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

6 Excepcionalmente, en caso de frontal desacuerdo con las sugerencias de los consejeros por parte del letrado ponente, cabe la posibilidad de que el letrado rechace introducirlas y se deseche el proyecto de dictamen, que tendrá que ser redactado por una ponencia especial.

B) Dictámenes

El Consejo de Estado emite dictámenes sobre los asuntos que le son remitidos en consulta. Los dictámenes tienen carácter final (Real Decreto 1674, 1980, art. 5) —es decir, ningún otro órgano de la administración puede emitir dictamen después del Consejo de Estado; en caso de que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, solo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno—, y no son vinculantes, salvo que la ley disponga otra cosa (Ley Orgánica 3, 1980, art. 2; Real Decreto 1674, 1980, art. 4). Ahora bien, a pesar de no ser vinculantes, los dictámenes son atendidos por las autoridades que lo solicitan en la mayoría de los casos⁷.

En todos los casos en que el Consejo de Estado interviene debe dejarse constancia de esta circunstancia y de si se sigue el criterio del Consejo de Estado. Para ello, se usan dos fórmulas: de acuerdo con el Consejo de Estado (cuando se sigue su criterio), u oído el Consejo de Estado (cuando la autoridad consultante se aparta del criterio del dictamen del Consejo de Estado).

7 Por ejemplo, los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado durante el 2021 fueron atendidos, según la Memoria del Consejo de Estado de 2021, en un 97% de las ocasiones.

Competencia del Consejo de Estado francés relacionada con su función consultiva



Matías de Sainte-Lorette

Magistrado letrado mayor del Consejo de Estado de Francia

Muchas gracias y buenos días a todos. Quisiera, ante todo, agradecer al Consejo de Estado de Colombia por la organización de estas Jornadas Internacionales de la Función Consultiva, y también añadir que, para mí, personalmente, es un gran honor y placer participar en este evento en Colombia y presentar el Consejo de Estado francés.

Es muy especial hacerlo aquí en Colombia, pues es mi segundo país; es el país de mi madre, el país de las vacaciones de la infancia, y ahora, el país donde puedo venir a trabajar.

Me ha correspondido presentar hoy el estado del arte en cuanto a la función consultiva del Consejo de Estado, función que dio lugar, para dar una idea del número, a que en el año 2021 más de 1.146 textos fueran examinados por las secciones con función consultiva en el Consejo de Estado de Francia.

El Consejo de Estado en Francia tiene, como el de Colombia, una doble función. Además de su papel consultivo, es también el juez supremo del contencioso-administrativo. Esto lo veremos más tarde con mi colega Yves Struillou, quien expondrá lo que está en juego con la coexistencia de estas dos funciones.

Pero, primero que todo, la función consultiva. El Consejo de Estado es el asesor del gobierno para la preparación de los proyectos de ley, las ordenanzas y de ciertos decretos. Responde igualmente, a solicitudes de dictámenes por parte del gobierno, sobre las cuestiones de derecho, y puede también adelantar, por su propia iniciativa, estudios relativos a cualquier cuestión administrativa o de política pública.

Ahora bien, las formaciones consultivas en las funciones de gobierno se ejercen mediante cinco secciones especializadas: la del interior, la de finanzas, la de obras públicas, la de asuntos sociales, y la de administración, que fue creada en el año 2008.

En cada sección, al llegar un nuevo texto, un ponente se encarga de reunir la información y de estudiar el expediente. Los representantes de los ministros, que llevan el título de comisario del gobierno, pueden instruir al Consejo de Estado sobre el alcance general del texto, y las conclusiones de su elaboración, así como de las razones que los motivaron para su redacción. El proyecto elaborado por el ponente es sometido al examen de la sección para discusión y voto sobre las modificaciones aportadas.

La función del ponente y luego de la sección, es analizar un proyecto normativo, el cual se estudia desde un triple punto de vista —un poco como lo que se dijo acerca de España—:

- Primero: **la rectitud jurídica**, es decir, la conformidad con las normas superiores.
- Segundo: **la correcta redacción**, con respecto a las reglas de lo que llamamos la logística.
- Tercero: su **oportunidad administrativa**, es decir, la adecuación entre el objetivo que persigue este texto, el objetivo que el Consejo de Estado no tiene que justificar y la adecuación entre el objetivo y los medios que se propone alcanzarlo.

A estas secciones se suma la Asamblea General, que reúne el conjunto de los consejeros de Estado, bajo la presidencia del vicepresidente quien, de manera obligatoria, debe conocer de la mayoría de las leyes y de ordenanza.

Junto a esas secciones de consulta se encuentra la sección de Informes y Estudios, que se encarga de la preparación del informe anual, de la coordinación de estudios, la vigilancia política en derecho europeo, y las cuestiones vinculadas a la ejecución de las decisiones del Consejo de Estado.

Ahora, expondré unas palabras sobre el reclutamiento de los miembros del Consejo de Estado, que es una cuestión importante. Antes había dos modos de reclutamiento para acceder al Consejo de Estado: el primero era a la salida de la Escuela Nacional de Administración (ENA), donde se reclutaban los letrados. También, se reclutaban letrados mayores que ya tenían experiencia profesional en el servicio público, como es el caso mío.

Después de una reforma decidida en el 2021, se suprime el reclutamiento al salir de la Escuela Nacional de Administración. Se decide que los letrados también deben tener una cierta experiencia en la administración antes de ser reclutados, lo que claramente fue una reforma muy discutida. Vamos a ver cómo eso se traduce en el funcionamiento del Consejo de Estado.

En nuestras funciones, la consultiva corresponde a la función de asesoría sobre textos. Ese dictamen que sale del Consejo de Estado es un documento, y a veces una nota que acompaña el texto inicial. Nuestro papel consultivo tiene, en su raíz, varios fundamentos constitucionales. Para los proyectos de ley, la función consultiva se origina en el artículo 39 de la Constitución (1991), que dice que «[...] serán deliberados previo dictamen del Consejo de Estado». Lo mismo sucede con los decretos leyes, que llamamos ordenanzas, en los que también se indica que deben ser previamente aprobados por dictamen del Consejo de Estado. Respecto de textos, de decretos y otros, es el Código de Justicia Administrativa, el cual prevé que el Consejo

de Estado se pronuncie sobre los proyectos de decreto, y cualquier otro proyecto de ley, para el que las disposiciones constitucionales o legislativas contemplen una breve intervención, o sean sometidos a este control de manera voluntaria por el gobierno, sin que ello lleve a suponer que hubiera una consulta obligatoria.

Lo que también quisiera indicar es el origen de las consultas, porque este realmente es variado. La gran mayoría de las consultas provienen del gobierno, y se envían por medio de la Secretaría General del Gobierno, que es una institución que garantiza que la primera ministra y su gabinete, conozcan todos los proyectos que se mandan al Consejo de Estado: 113 leyes, 92 ordenanzas, más de 902 decretos examinados en el 2021.

Pero desde la reforma constitucional del 2008, se abrió la posibilidad de una consulta sobre las propuestas de leyes procedentes de la iniciativa parlamentaria. Esto fue una pequeña revolución, porque es una consulta facultativa, que se hace de acuerdo con el autor de la propuesta. Por ello, la solicitud no se hace con un anteproyecto, sino con una propuesta que ya ha sido escrita y ya ha sido publicada. Este fue un cambio importante, porque con esa reforma, el Consejo de Estado deja de ser el propio consejero del poder ejecutivo, y se abre también la posibilidad de ser el consejero del poder legislativo. Así, en 2021 fueron examinadas 11 propuestas de ley, mucho menos de los textos provenientes del gobierno.

Se tiene que explicar igualmente, que cuando el Consejo de Estado estudia una propuesta de ley parlamentaria, el producto de la consulta no será un nuevo texto, como lo hacemos con las consultas del gobierno. Sino que, cuando se tiene este tipo de consulta parlamentaria, se produce un dictamen, donde se da la opinión, y solo se hace una sugerencia de modificación del texto. Esto es normal, porque consideramos que la iniciativa parlamentaria tiene que funcionar a partir de su propia autonomía, y nosotros solo estamos aquí para hacer sugerencias, para que el diputado o senador, después de la consulta, la tome o no, pero eso siempre será su decisión. Es una diferencia en el posicionamiento que tenemos con ese poder.

También tenemos los proyectos de ley que llamamos «ley de país», los cuales se originan en Nueva Caledonia, territorio de ultramar que tiene una cierta autonomía. Dentro de las competencias que tiene este territorio, está la que puede pueden elaborar proyectos que son de forma legislativa, y como tiene ese poder, la Ley Orgánica y la Constitución establecieron como obligatorio que fueran sometidos al dictamen del Consejo de Estado, por lo que se tenían que examinar. En ese caso, el concepto emitido no es un nuevo texto, toda vez que en las propuestas parlamentarias sugeridas al autor podían ser muy detalladas, en muchas ocasiones las autoridades de Nueva Caledonia estaban en búsqueda de tener propuestas muy precisas sobre el texto. Sin embargo, este no se reescribía.

Tenemos de otra parte, solicitudes de dictámenes sobre un tema administrativo en concreto, que no tiene como raíz un texto que le acompaña. Esta solicitud de dictamen es importante para el Consejo de Estado; por ello, este debe asegurarse de que no esté vinculada con un litigio actual; además, no puede tener como objeto obtener una consulta de una formación consultiva del Consejo de Estado, sobre la legalidad de un texto o de un contrato, cuando este último sea objeto de un litigio que estuviese en curso ante cualquier jurisdicción.

Sin embargo, cuando ese vínculo solo es indirecto, es posible tener y emitir una consulta, incluso cuando sabemos que el litigio sería muy probable, pero aún no existente. Ese dictamen podrá ser utilizado por el gobierno y lo aceptamos; así, si el litigio no existe sí tenemos que dar nuestra opinión.

También hacemos estudios particulares o estudios anuales. Por ejemplo, sobre el derecho de alerta, siendo el último acerca de los estados de emergencia en los que se somete a la democracia bajo coacción.

Para acabar quisiera decir unas palabras sobre la publicidad de la función consultiva.

Históricamente el papel consultivo en el Consejo de Estado era secreto. Nuestra opinión solo la dábamos al gobierno y este, después, la utilizaba o no. Ahora, esto cambió porque, desde el 2015, los presidentes de la República decidieron que los dictámenes acerca de proyectos de leyes debían ser publicados. Tal y como lo dijo el presidente François Holland cuando tomó esa decisión, para que nuestros dictámenes informasen a los ciudadanos, y también que arrojará luz sobre los debates parlamentarios. Además, como lo había dicho el presidente Jaurice Chautel, consejero de Estado, fue un cambio rotundo, porque nos tocó redactar esos dictámenes de forma diferente, quizás más pedagógica, teniendo en cuenta que sabíamos que el dictamen que íbamos a emitir iba a ser de inmediato integrado en el debate público y parlamentario, y usado por los diputados de las mayorías, como los de la oposición.

Es un nuevo papel, y lo que, a mi parecer, ya con algunos años de experiencia, no ha desnaturalizado nuestra función. Me parece que, es esta una mejor apropiación de las cuestiones legales por parte del gobierno y del parlamento, lo cual no llevó a censurar nuestra expresión cuando damos nuestra opinión en la función consultiva.

Principales funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil



Doctor Édgar González López

Consejero de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

Muy buenos días. Encantado de estar aquí. La verdad, me siento honrado.

Es como un sueño cumplido ver a nuestros queridos colegas de los consejos de Estado de Francia, Luxemburgo, España y del Tribunal Supremo, quienes demuestran la importancia que tiene la fuerza consultiva, así como su vigor; o como nos decía tal vez ayer una compañera, la fogosidad que tiene la función consultiva. Me parece que estos debates son necesarios, así como los temas de conocimiento e información, pues, a veces, uno tiende a tomar decisiones cuando no se tiene toda la percepción de lo que es el Consejo de la Función Consultiva.

No quise hacer un recuento de todas las funciones de la Sala de Consulta, pues mis antecesores nos dieron mucha luz de ello. Más bien, deseo hacer una exposición mucho más práctica, que refleje un poco la manera de ser mía. Voy a mostrar cómo esa función consultiva ha estado presente en los momentos más importantes de la vida del Estado social de derecho, así veremos más allá del concepto y del problema tal.

Hablaré de cómo frente al Proceso de Paz, la Sala de Consulta estuvo presente. Para algunos, quienes podrán tener diferencias o estar de acuerdo con los conceptos que emitió la Sala, es necesario mostrarles la relevancia que tiene la Sala de Consulta, pues a veces la gente no se da cuenta de ello.

Debo señalar el tema de la pandemia. La forma en que, a la Sala, en los momentos más críticos de la pandemia, le pidieron concepto respecto del famoso derecho viviente, y la Sala hizo su aporte para que el tema de las vacunas fuera una realidad.

Asimismo, aludiré a la corrupción y los contratos. Antes de toda esa situación que se vivió en Colombia, acerca de la corrupción en contratos y el famoso tema de Odebrecht, la Sala había dado un concepto muy interesante de cómo se deberían prevenir esas situaciones, más allá del

texto legal; y de cómo evitarlas, especialmente, si fueron cometidas por personas jurídicas o naturales en el extranjero.

Otro tema importantísimo que mencionaré es el de las TIC, o tecnologías de la información y las comunicaciones, en el que también la Sala ha emitido conceptos bien interesantes. Igualmente, está el tema de las comunidades indígenas y ambientales.

A) Dominio .co

Por otra parte, está el concepto del dominio «punto co» (.co). Esto correspondió a una discusión que se dio en el año 2001 sobre la administración de este dominio, pues este estaba a cargo de una universidad; frente a ello, se le preguntó a la Sala si ese dominio podría ser sometido a un proceso de selección, en el que se le pudiera dar a privados. Respecto a ello, la Sala hizo un recuento del tema del recurso del dominio, reforzó la competencia del Gobierno nacional a través del Ministerio de Comunicaciones, y consideró que era un tema de interés público, que debía estar en manos del Gobierno nacional. No se entendería ahora, que el dominio .co estuviese en manos distintas que no fuesen las del Gobierno.

Tabla I

Concepto 1376 del 11 de diciembre de 2001. Dominio .co

I. CONCEPTO 1376 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2001
TEMA: Naturaleza jurídica del recurso denominado dominio “punto co”, (escrito .co), utilizado en las direcciones de la Internet registradas en Colombia y las consecuencias que tendría reconocerle el carácter de público.
PROBLEMA JURÍDICO: Determinar si el recurso dominio .co tiene el carácter público, si se trata de un tema relacionado intrínsecamente con las telecomunicaciones y a dónde deben ingresar los recursos por su explotación.
RESPUESTA: La Sala consideró que el dominio .co asignado a Colombia es de interés público. Por lo tanto, la administración de dicho dominio es un asunto relacionado intrínsecamente con las telecomunicaciones y en tal virtud, es competente el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, para actuar en su planeación, regulación y control. Por lo tanto, la Universidad debe someterse a las disposiciones legales y no puede definir las condiciones bajo las cuales se debe administrar el dominio “.co”, ni cambiar su carácter de dominio del país para transformarlo en dominio genérico identificador de actividades. En relación con la tasa que se generaría por la prestación del servicio de administración de los nombres de dominio bajo el código de Colombia, consideró que, ante la ausencia de una norma legal especial que haya creado una tasa, no era procedente su cobro.

Nota. Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil salvamento de voto (2011).

B) Contratos y sobornos transnacionales

Se preguntó a la Sala, qué responsabilidad tenían las personas jurídicas y naturales cuando participan en conductas de soborno transnacional, y cuáles son las sanciones e

inhabilidades que ello tenía. Creo que el prurito de la Sala, no solamente era mostrar cuáles eran las inhabilidades existentes en ese momento, sino lo más importante, las medidas para prevenir y conjurar estos actos de corrupción. Sobre este tema, es importante recalcar que la Sala ya se venía pronunciando desde hacía mucho tiempo sobre el tema y que sus diferentes argumentos se habían puesto en la aplicación para evitar esos asuntos de corrupción que vivimos en Colombia. Cuestiones como los pactos o compromisos de integridad, por ejemplo; la inclusión de la corrupción como un riesgo contractual; la obligación del contratista de reportar periódicamente su información societaria financiera y comercial, entre otras.

Tabla 2

Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015

II. CONCEPTO 2260 DEL 10 DE AGOSTO DE 2015
TEMA: Responsabilidades de las personas naturales y jurídicas por participar en la conducta de soborno transnacional. Sanciones e inhabilidades para celebrar contratos estatales.
PROBLEMA JURÍDICO: Determinar los efectos que en la contratación estatal de Colombia tienen los actos de corrupción cometidos en el extranjero, por personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que participan en la actividad contractual en nuestro país, y cuáles son las herramientas con las que cuenta el Estado colombiano para prevenirlas, sancionarlas y conjurarlas, en el contexto de una economía globalizada e integrada.
RESPUESTA: La Sala indicó que, de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes y los instrumentos internacionales, los siguientes supuestos pueden resultar enmarcados dentro de algunas de las causales de inhabilidad: i) Personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. ii) Personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. Así mismo, señaló la obligación de las entidades de adoptar medidas para prevenir y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, en aplicación de los principios de buena fe, precaución, transparencia y moralidad, que tienen aplicación concreta en las diferentes etapas del proceso de contratación. Ejemplos: pactos o compromisos de integridad, inclusión de la corrupción como un riesgo contractual, inclusión de la obligación del contratista de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, entre otras.

Nota. Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil (2015).

C) El Acuerdo de Paz

Este es uno de los conceptos más importantes que ha emitido la Sala. De pronto nuestros amigos y colegas extranjeros no conocen mucho el asunto, pero digamos que esto fue un

tema de especial relevancia en Colombia, porque el 2 de octubre del 2016 se sometió a plebiscito el Acuerdo Final de Paz, y por una mayoría corta, pero mayoría, se decidió que no se refrendaba ese acuerdo.

Desde ese punto de vista, el 12 de noviembre de 2016 se realizó un segundo acuerdo entre el Gobierno y las fuerzas armadas revolucionarias insurgentes. Dicho acuerdo fue firmado por el presidente el 24 de noviembre de ese mismo año. En ese entonces, se preguntaba a la Sala si el Congreso de la República tenía o no competencia para refrendar ese acuerdo final. Creo que es uno de los mejores conceptos que ha emitido la Sala, y obviamente, tras analizarlo, respondió que el Congreso sí puede efectuar la refrendación del acuerdo. Yo estoy totalmente de acuerdo con lo que dijo la Sala, pero lo que yo quiero mostrar es la importancia de la función consultiva.

A partir de ahí, se dijo, de todas maneras, que la refrendación tenía una naturaleza política, que no revestiría el acuerdo de naturaleza jurídica, ni comporta su inclusión, ni en la Constitución, en el ordenamiento jurídico; que no exima al presidente del deber de tramitar las reformas cotidianas y legales, pero dio una luz de cómo seguir adelante en el tema del Acuerdo de Paz. Así, Colombia podría ser distinta si ese tema lo refrenda al Congreso o no lo referente al Congreso.

Tabla 3

Concepto 2323 del 28 de noviembre de 2016. Acuerdo final conflicto armado

III. CONCEPTO 2323 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2016
TEMA: Posibilidad de que el Congreso de la República refrende el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo.
PROBLEMA JURÍDICO: Determinar si el Congreso de la República tiene o no competencia para “refrendar” el Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016.
RESPUESTA: La Sala consideró que el Congreso de la República podía efectuar la refrendación del nuevo “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito por el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo” del 24 de noviembre de 2016, en virtud del mandato representativo y las amplias funciones de control político que le reconoce la Constitución Política. En todo caso, aclaró que: (i) la refrendación tendría naturaleza política; (ii) no revestiría al Acuerdo de naturaleza jurídica ni comportaría su inclusión a la Constitución o al ordenamiento jurídico; y (iii) no eximiría al Presidente de la República del deber de tramitar las reformas constitucionales y legales necesarias para la implementación del Acuerdo de Paz a través de los procedimientos previstos para ese efecto en el ordenamiento constitucional vigente.

Nota. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil (2016).

D) Procedimiento legislativo especial para la paz (*fast track*)

Todos somos conocedores del tema que refiere a unas decisiones rápidas y oportunas que deben ser totalmente excepcionales; se le preguntó a la Sala cuándo vencía ese procedimiento de *fast track*. Obviamente la Sala analizó el tema y consideró que no se suspende ese procedimiento especial durante los periodos de inactividad del Congreso y estableció que desaparecía el 1° de diciembre. Es decir, es un tema relevante para definir la aprobación, no la aprobación de las decisiones del Congreso.

Tabla 4

Concepto 2360 del 27 de noviembre de 2017. Fast track

IV. CONCEPTO 2360 DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 2017
TEMA: Procedimiento legislativo especial para la paz (" <i>fast track</i> "). Vencimiento de la prórroga.
PROBLEMA JURÍDICO: Determinar cuándo vencía la prórroga del procedimiento Fast Track y qué sucedería, una vez vencido el plazo, con los proyectos en curso, cuyo trámite no haya alcanzado a concluir por esa vía.
RESPUESTA: La Sala respondió que los periodos para la utilización del procedimiento legislativo especial, tanto en su etapa inicial como en su prórroga, no se suspendían durante los periodos de inactividad del Congreso de la República. Ahora, sobre el conteo del término, señaló que, como el primer período terminó el 30 de mayo de 2017, a las doce (12) de la noche, no podría entenderse que el segundo empezaba el mismo 30 de mayo, pues ese día ya quedó incorporado en el plazo inicial. En esa medida, el "período adicional" o de la prórroga empezaría a correr el 1° de junio de 2017 y terminaría el 1° de diciembre del año de 2017.
Adicionalmente, concluyó que el procedimiento especial desaparecía el 1 de diciembre de 2017, por lo que constitucionalmente no resultaba posible que los proyectos pendientes de aprobación para esa fecha siguieran su curso bajo dichas reglas especiales.

Nota. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil (2017).

E) Contraprestación que deben pagar los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones

Este es un concepto importante de TIC (tecnología de la información y las comunicaciones). Antes, no se sabía exactamente qué eran las telecomunicaciones y, por ello, las dificultades llevaban a sanciones que tienen una serie de contabilizaciones muy gravosas. Además, se presentó la necesidad de los cajeros automáticos, y esto ayudó (creemos nosotros), a aclarar lo que es TIC y lo que es telecomunicaciones en Colombia. Pues a diferencia de la Unión Europea, donde existe por separado: la sociedad, la información y servicios distintos, aquí todos están acumulados en una sola ley.

Tabla 5

Concepto 2333 del 16 de mayo de 2018. Telecomunicaciones y TIC

V. CONCEPTO 2333 DEL 16 DE MAYO DE 2018
TEMA: Contraprestación que deben pagar los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.
PROBLEMA JURÍDICO: Determinar si los servicios de telebanca y transacción financiera a distancia, así como los de vigilancia privada o monitoreo de alarma, son hechos generadores de la contraprestación que deben pagar los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.
RESPUESTA: La Sala consideró que los servicios de manejo y procesamiento de la información que puedan prestar algunos operadores, según las características específicas de cada uno, no configuran por sí mismos la naturaleza de un servicio de telecomunicaciones, ni generan la contraprestación periódica consagrada en los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC. No obstante, si en forma adicional a los servicios de manejo y procesamiento de información, el mismo proveedor presta servicios de emisión, recepción y transmisión de la información, con la responsabilidad inherente a su provisión, se configura un servicio público de telecomunicaciones, con las obligaciones y derechos propios de la calidad de PRST, incluido el pago de la contraprestación periódica mencionada en la pregunta, de conformidad con el régimen jurídico vigente y las consideraciones expuestas. Así, la calidad de PRST y de sus correspondientes obligaciones dependerá de si el proveedor asume la responsabilidad ante los usuarios y ante las autoridades administrativas por la transmisión de la información, esto es, por el servicio de telecomunicaciones.

Nota. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil (2018).

F) Uso de recursos públicos asignados a la salud para financiar la investigación de vacunas en fase de experimentación contra el covid-19

A la Sala se le preguntó si se podía invertir el dinero de los recursos públicos en un tema de vacunas que estaban en fase de experimentación para el covid. En Colombia, tenemos una norma que es la Ley Estatutaria en Salud (Ley 1751, 2015, art. 15), donde dice que los servicios y tecnologías no pueden ser financiados con recursos públicos asignados a la salud, y entre ellos, especialmente, los que están en fase de experimentación. La Sala abordó el problema y analizó si debía cumplirse esa norma, que, al parecer, se debía cumplir. Sin embargo, la Sala hizo un análisis muy interesante y consideró que sí podían utilizarse esos recursos. A partir de esta decisión, se permitió que el ministro de Salud contratase las vacunas correspondientes, y pagara el anticipo que se requería para un tema de salud pública. Claramente, había unos recursos especiales, en cuyo tema jurídico no quiero detenerme mucho, y que corresponde a los famosos dineros del Fondo de Mitigación que, se dijo, no son los recursos ordinarios de salud, son extraordinarios. Incluso, de los recursos ordinarios también se habló, pues dada la situación del uso de los extraordinarios que implica la emergencia, y que no podía ser previsto en la situación en la cual se expidió la norma del 2015.

Tabla 6

Concepto 2453 del 14 de septiembre de 2020. Vacunas pandemia

VI. CONCEPTO 2453 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2020
TEMA: Uso de recursos públicos asignados a la salud para financiar la investigación de vacunas en fase de experimentación contra el COVID-19.
PROBLEMA JURÍDICO: Determinar si los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias –FOME- (creado como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica generada por la COVID) y los recursos ordinarios destinados a la salud podían ser utilizados: i) Para la financiación de la investigación para conseguir la vacuna contra la COVID-19 y ii) para pagar el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna.
RESPUESTA: La Sala concluyó que la restricción del art. 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica a los recursos del FOME porque: i) este fondo no se nutre de los recursos ordinarios asignados a Salud; ii) el Fondo se creó, justamente, para facilitar la ejecución ágil y eficiente de los recursos necesarios para enfrentar las circunstancias graves y excepcionales ocasionadas por la pandemia, tanto en materia de salud, como en materia social y económica. De manera adicional, se precisó que los recursos ordinarios destinados a la salud pueden ser utilizados de manera extraordinaria y excepcional para financiar la referida investigación y el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19. Lo anterior, siempre que los recursos del FOME no sean suficientes para financiar los referidos anticipos. (Sentencia C-313 de 2014)

Nota. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil (2020).

G) Plazo para socialización del informe de la Comisión de la Verdad

A partir del tema del Acuerdo de Paz se estableció la Comisión de la Verdad y se dispuso un tiempo para que rindiera el informe y se socializara. Creo que es uno de los conceptos más importantes que ha emitido la Sala.

Igualmente, se le preguntó a la sala si se había vencido el plazo, había un vacío en la norma cuando se podía solicitar, o si tenía que entregar. La Sala analizó el tema, estableció la forma, que era un decreto ejecutivo. Además, con la aclaración se planteó que la comisión no había podido cumplir su labor por las situaciones propias de la pandemia. Incluso, uno de sus miembros había fallecido. Así, pareciera lógico que eran hechos sobrevivientes que impedían el cumplimiento.

Este tema fue estudiado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 (2014), y consideró que era pertinente otorgar un plazo adicional para que el informe de la verdad fuera puesto en conocimiento.

Tabla 7

Concepto 2464 del 20 de mayo de 2021. Comisión de la Verdad

VII. CONCEPTO 2464 DEL 20 DE MAYO DE 2021
TEMA: Plazo para socialización del informe. Comisión de la verdad.
PROBLEMA JURÍDICO: Determinar cuál es el término para cumplir las labores relacionadas con el informe final y el procedimiento para la liquidación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición
RESPUESTA: La Sala consideró lo siguiente:
- i Sobre el periodo para la socialización del informe: la socialización del informe final es un mandato constitucional que no fue desarrollado de manera completa por el decreto ley 588 de 2017, el cual no proveyó en relación con el período durante el cual dicha socialización debería realizarse. el vacío generado por la omisión normativa debe ser colmado con la expedición de un decreto ejecutivo. - ii Sobre la asignación de recursos a la comisión: el gobierno nacional, en desarrollo del principio de colaboración armónica y en cumplimiento de los mandatos derivados del proceso de paz, deberá garantizar los aspectos presupuestales necesarios para que la comisión funcione durante el término necesario para la socialización. - iii Sobre la liquidación de la comisión: son facultades exclusivas de la comisión adoptar medidas para el archivo de la información recolectada dentro del marco de sus funciones, y, al término de su mandato, tomar las medidas necesarias para asegurar su preservación. también definirá la entidad que será depositaria de sus archivos y que los custodiará, y deberá establecer los protocolos que habrá de aplicar.
Aclaración de voto respecto de si, por las situaciones relacionadas con el COVID 19, la Comisión no había contado de manera real y efectiva con el término para la elaboración del informe final. Este criterio fue tenido en cuenta en la Sentencia C-337 de 2021 de la Corte Constitucional.

Nota. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil (2021).

H) Conflicto de competencias entre la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC), y el Cabildo Indígena Resguardo de Belalcázar Páez Cauca

Se trata de un tema de derecho sancionatorio ambiental. Este correspondía a una comunidad indígena que había utilizado algunos árboles para construir viviendas. En este caso, se cuestionó si era la evolución ordinaria ambiental la que tenía que tomar conocimiento para imponer una sanción ambiental o no. En consecuencia, la sala en un análisis dijo que, en la medida en que el aprovechamiento cotidiano era de bajo impacto, la competencia era de la jurisdicción indígena. Si hubiera sido una explotación comercial de la madera, la competencia habría sido de la corporación autónoma regional.

Tabla 8

Conflicto positivo de competencias administrativas, radicado 2019-00117 del 26 de noviembre de 2019. Jurisdicción indígena y tema ambiental

II. CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS RADICADO 2019-00117 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 2019 JURISDICCIÓN INDÍGENA Y TEMA AMBIENTAL

PARTES: Corporación Autónoma Regional del Cauca CRC y el Cabildo Indígena Resguardo de Belalcázar Páez Cauca.

PROBLEMA JURÍDICO: Determinar la autoridad competente para adelantar un procedimiento sancionatorio ambiental contra unos miembros de la comunidad indígena que talaron dos árboles ubicados dentro de su resguardo pero que estaban a la orilla del río que alimentaba el acueducto de un municipio.

DECISIÓN: La competencia se asignó a la comunidad indígena. En esta decisión se advirtió que la aceptación de la jurisdicción indígena en temas ambientales solo es viable frente a situaciones que, como en el caso concreto, se dan en el ámbito del aprovechamiento cotidiano y de bajo impacto de los recursos naturales no renovables (en este caso dos árboles para construir una casa de uno de los comuneros con el deber de compensar ese uso), pero no cuando se trata de actividades de explotación comercial o de alto impacto, cuyos efectos trascienden el específico espacio de los territorios indígenas y se proyectan a toda la sociedad.

En este sentido, se precisa que el derecho a un ambiente sano es un derecho de toda la colectividad y, por tanto, cuando este puede sufrir graves afectaciones, la actuación de las autoridades administrativas ambientales resulta imperiosa y no compatible con el derecho propio de los pueblos indígenas.

Nota. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil (2019).

Interacción entre la función consultiva y contenciosa

Perspectiva del caso de Francia



Yves Struillou
Consejero de Estado de Francia

La función consultiva en Francia es fruto de nuestra historia y es, a la vez, una interacción histórica que, dada nuestra modernidad, nos impone exigencias de legalidad: por un lado, de carácter político y, por otro, de seguridad jurídica.

El Consejo de Estado es fruto del consejo del rey. En su forma moderna, la Constitución le asigna la tarea al Consejo de Estado de sacar adelante los proyectos de ley y reglamentos. Asimismo, la razón de esta interacción histórica fue consecuencia de la evolución, lo que le permitió al Consejo de Estado asumir funciones contenciosas, sin abandonar la función consultiva.

De otra parte, esta dinámica se institucionalizó a nivel orgánico, dado que, en el seno de las diferentes formaciones, coexisten, al mismo tiempo, colegas que ejercen funciones contenciosas y jurisdiccionales, y otras funciones consultivas.

Ahora bien, en el seno de la Asamblea General del contencioso también se encuentran los presidentes de las secciones consultivas, o de lo que nosotros llamamos, la Asamblea General de Consejeros de Estado, donde está el presidente de la función contenciosa, quien generalmente tiene la potestad de imponer la posición jurídica de la sección contenciosa, y de hacer valer la jurisprudencia en lo contencioso.

De otra parte, la interacción también se da en el plano humano y ello es consecuencia de las reglas de esta institución, que impone una doble afectación, la cual lleva a que sus miembros más jóvenes, se integren al Consejo de Estado. Esto lo hacen trabajando en la sección de lo contencioso, para luego pasar a ejercer sus funciones en una sección administrativa —entiéndase consultiva—. Esta es la trayectoria usual, que fue, por ejemplo, mi caso, cuando fui asignado a la sección administrativa encargada de los temas de carácter social.

Entonces, en un momento dado, en el marco de la carrera usted puede ejercer funciones contenciosas o jurisdiccionales, y puede ejercer funciones consultivas o funciones

jurisdiccionales y consultivas, en desarrollo de su cargo como comisario del gobierno, al mismo tiempo. Pero también existe la posibilidad de ejercer otras funciones fuera del Consejo de Estado.

En mi caso personal, asumí las funciones consultivas al interior del Consejo de Estado, más precisamente, en la sección de la administración pública, que se encarga de los temas de la gestión pública, así como de la revisión de las reglas de mercados públicos. Entonces, en su carrera pueden ejercer al mismo tiempo dos funciones de este tipo o practicarlas sucesivamente.

Hay también una interacción institucional, pues en el seno de la Asamblea General, que es el cuerpo colegiado más importante, donde se discute un grupo de asuntos en los que ya se tiene una posición definida y clara, frente a la cual surge una posición diferente o divergente respecto a una jurisprudencia ya establecida, por parte de alguna de las secciones consultivas. En estos casos, se dará prevalencia en la aplicación interpretativa a la posición contenciosa, para que no haya desacuerdo entre las funciones consultivas y contenciosas.

De igual manera, cuando se considera una jurisprudencia ya establecida, es importante abordar las exigencias que imponen los contextos jurídicos marcados por la internacionalización y la globalización, así como la doble interacción histórica, al tratar funciones consultivas y contenciosas. En todo momento respetando las exigencias de imparcialidad y de eficiencia en el plano orgánico.

En el año 2008, para respetar las exigencias que habían sido propuestas por la Corte de Derechos Humanos, la Asamblea General determinó que los miembros fueran mayoritariamente de las secciones contenciosas. Hoy en día, la Asamblea General del Consejo de Estado tiene una mayoría de colegas que pertenecen a formaciones contenciosas.

También en ese año, en el Código Administrativo se dispuso que los miembros de las secciones consultivas, que trabajaron en los exámenes de proyectos de decretos, y que participaron en el estudio del proyecto de formación consultiva, debían participar en el trámite de una demanda contenciosa de un decreto, en tanto la exigencia de imparcialidad fue reforzada en el Código de Justicia Administrativa.

Funcionalmente, también en 1994, un decreto del Consejo de Estado fue atacado en el marco de la función consultiva. En ese momento, el presidente de la Asamblea General y la formación contenciosa del Consejo de Estado dieron protección a la formación consultiva.

Ahora bien, no solo el Gobierno tiene relación con los conceptos emitidos por el Consejo de Estado, sino que ahora, la opinión del Consejo de Estado, a consecuencia de una reforma constitucional, permite emitir conceptos no solo respecto de los proyectos de ley del gobierno, sino también frente a propuestas del propio parlamento, a través de sus dos asambleas. Esta función de interacción histórica tuvo que ser entonces actualizada y modernizada para respetar las exigencias de imparcialidad.

Por otro lado, la interacción de las dos funciones fue modernizada en los mercados de trabajo con el fin de respetar las diferencias de eficacia, garantizar el respeto de la legalidad

y de la seguridad jurídica. Este apoyo sobre la jurisprudencia administrativa de las decisiones contenciosas es de lectura y referencia jurídica.

Además, el Consejo de Estado al analizar un proyecto a través de las secciones consultivas, debe verificar que esté cumpla con el orden constitucional en el sentido más amplio, así como con la jurisprudencia. Desde ese punto de vista, las secciones consultivas son competentes para examinar la conformidad con la Constitución de los proyectos de decreto. Igualmente, estas secciones deben contemplar en su estudio la integración de los compromisos internacionales, casos en los que el trabajo de las secciones consultivas puede apoyarse en la jurisprudencia, y en nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación, voy a dar un ejemplo del examen de un proyecto de ley:

Digamos, el caso de los compromisos internacionales firmados por Francia en el marco de la Organización Mundial del Trabajo, donde la función consultiva puede apoyarse en la jurisprudencia y tiene un efecto directo en nuestro ordenamiento jurídico. La regla de competencia plantea las preguntas acerca de si el decreto entra en el campo del derecho nacional, y si se respetan las normas constitucionales y los compromisos internacionales suscritos por Francia. Recientemente fue examinado por el Consejo de Estado, en la sección administrativa, un proyecto de ley que tenía que ver con varias disposiciones; entre estas, el respeto de los derechos de la comunidad; asimismo, había un reporte sobre una disposición para reparar una insuficiencia de transposiciones contenciosas que establecían los mercados públicos y los procedimientos de asignación de las licitaciones.

Entonces teníamos varias etapas: la primera se orientaba al tribunal de justicia a través de una actuación judicial. La segunda etapa, la de la Unión Europea que considera los mercados públicos propios de interés para el derecho comunitario, porque no prevén contemplar las decisiones del Consejo de Estado en lo contencioso, ya que se opta por apoyarse en una decisión del tribunal europeo interno, que no es conforme la Unión Europea. La última etapa es cuando el Gobierno asume las consecuencias, presentando un proyecto de ley que completa nuestros reglamentos. Pero vemos que desde ese punto de vista la interacción es completa con la formación contenciosa y con un actor que se introdujo de alguna manera en este juego, y es el tribunal de justicia de la Unión Europea. Así, la labor de la sección consultiva como consejero del gobierno, es garantizar la seguridad jurídica, pero igualmente, detectar las ilegalidades constitucionales.

Visto que el Consejo de Estado tiene funciones consultivas, nos permite estimar que, en un momento dado, a futuro, Francia alcance una conformidad con el derecho europeo a través del mecanismo de la cuestión prejudicial, como se anotó en el caso de los mercados públicos. Por ejemplo, Francia ha asumido posiciones de la Oficina Internacional del Trabajo tanto para empresas en el ámbito administrativo y judicial, conjugando disposiciones nacionales en cuestión de la legalidad y posteriormente la adopción de posiciones del mismo Consejo de Estado, procediendo así, a la elaboración de reportes rigurosos que se apoyan no solo en la jurisprudencia nacional, sino también en la jurisprudencia de instancias europeas e internacionales, tanto jurisdiccionales o no.

Entonces, dado que está disponible la función consultiva del Consejo de Estado, esto lleva a que mantenga un buen entendimiento con el Gobierno. En esencia, por cuanto debe

el Gobierno ser alertado acerca de las disposiciones que se podrían conocer sobre la materia, así como de las exigencias de legalidad que, a diferentes niveles, tanto nacional como internacional se imponen. Así, ante los pronunciamientos hechos por el Consejo de Estado solo resta que el Gobierno se apropie del concepto rendido y tome la decisión de seguirlo o no.

En el caso de la modernización de esa interacción entre la función consultiva y la función jurisdiccional del Consejo de Estado, durante el año 2015, el presidente de la república François Holland decidió que las opiniones del Consejo de Estado sobre los proyectos serían públicas, desde la adopción del proyecto de ley hasta el concepto emitido. Estos conceptos, por lo general, se publican haciendo referencia a la jurisprudencia internacional, para concluir si haya la existencia de una dificultad, tanto constitucional como a nivel internacional. De igual forma, con respecto a los compromisos de creación normativa, se cuenta con la jurisprudencia, no solo de nuestras salas nacionales, sino también las jurisdicciones internacionales europeas y los organismos internacionales; lo que es una tarea muy difícil de visualizar y evaluar, porque muchas veces el gobierno, en su trabajo administrativo, no revisa o verifica de manera suficiente las exigencias que resultan de las convenciones internacionales y de los aspectos constitucionales.

Consejo de Estado y Tribunal Supremo de España: cruces e intersecciones



Carlos Romero Rey
Magistrado. Letrado coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Es un honor y un placer formar parte de este foro sobre la Alta Función Consultiva, que es probablemente la primera cuestión a la que necesariamente tengo que hacer referencia, como jurista que proviene de España, pues es la singularidad del caso español donde la función consultiva y la jurisdiccional contencioso-administrativa, se encuentran desgajadas y atribuidas a instancias distintas.

El Consejo de Estado en España es una institución singular, con una historia que se remonta a hace cinco siglos, y que nace, en buena medida, para lograr una visión global de la realidad del Reino, que superará las visiones fragmentadas de los distintos consejos consultivos (de Castilla, de Aragón, de Indias, de Hacienda, de las Órdenes...). Pese a que, en determinados momentos históricos, el Consejo de Estado tuvo también funciones jurisdiccionales, la mayor parte de su historia ha desempeñado únicamente funciones consultivas. Así es, en exclusiva, en la actualidad y desde 1904, cuando se atribuyó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al Tribunal Supremo, quedando el Consejo de Estado definitivamente concentrado en la función consultiva.

Esta separación de funciones, que no es la regla habitual en otros Estados, ha dado lugar a una existencia desgajada de dos órganos esenciales, como el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo. Estos, pese a que la materia prima con la que trabajan es la misma, el ordenamiento jurídico y la realidad de la sociedad española, viven separados y con escasos vínculos en el día a día. Esta situación, sin duda, en cuanto a su insuficiente comunicación precisaría ser revertida y creo que, oportunidades como las que hoy nos brinda este foro, constituyen una magnífica ocasión, entre otras cosas, para estrechar lazos.

Voy a utilizar unas palabras de Fernando Ledesma Bartret, que fue presidente del Consejo de Estado (actualmente es consejero permanente de Estado) y fue magistrado del Tribunal Supremo. Él señalaba, refiriéndose a las funciones del consejo, que creo que también aplican a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que desarrolla el Tribunal, que este órgano desarrolla funciones que coadyuvan a la construcción de la democracia, a la garantía de los derechos fundamentales, a la defensa del Estado social y democrático de derecho, a la

transparencia del ejercicio de poder y, por decirlo con palabras de Norberto Bobbio, a la eliminación de los poderes invisibles que tratan de suplantar a los poderes legítimos.

Trataré de señalar con mi intervención, algunos cruces e intersecciones que se producen entre el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo.

En primer lugar, por ejemplo, para la integración de determinados órganos se ha buscado el concurso de ambos. Así, la Ley Orgánica del poder judicial, con el objeto de dirimir los conflictos de jurisdicción entre los órganos jurisdiccionales y la administración, regula un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, órgano colegiado constituido por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán magistrados de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial; y los otros tres serán consejeros permanentes de Estado, actuando como secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo.

Es fundamental referirnos a la enorme importancia y habitual consulta de los dictámenes elaborados por el Consejo de Estado, referidos a las normas procesales y, especialmente, a la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Esta, en su dictamen sobre el anteproyecto de ley, al analizar, por ejemplo, la siempre espinosa cuestión de los denominados actos políticos, hace eco del proceso de maduración de la jurisprudencia sobre esta cuestión; superando la tradicional distancia ontológica entre función política y función administrativa del Gobierno, y pasando a primer plano la idea de coaccionar por vía judicial, en lo jurídicamente posible, la realidad efectiva del principio de legalidad, cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno. Es claro que nos pone de manifiesto, que en la actuación del Gobierno hay aspectos que no son reducibles a proposiciones jurídicas, pero ello no supone la existencia de esferas de acción inmunes al Derecho, y, en lo que este prescribe, todos los actos son susceptibles de análisis y enjuiciamiento según criterios y métodos jurídicos.

Asimismo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido rica a la hora de analizar determinadas cuestiones relacionadas con la actividad del Consejo de Estado. De hecho, nos recuerda que la función consultiva que ejerce el Consejo de Estado es idónea para coadyuvar a los principios de legalidad y jerarquía normativa, porque se centra en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico; esto explica el carácter esencial que institucionalmente tiene para la doctrina jurisprudencial el dictamen previo de este órgano, como protección del principio de legalidad y garantía de la sumisión del reglamento a la ley. Aunque, sin duda, puede el Consejo de Estado entrar a valorar en su función aspectos de oportunidad y conveniencia, pero solo lo hará en los casos en que la índole del asunto lo exija o la autoridad que consulta lo pida en forma expresa (Ley Orgánica 3, 1980, art. 2.1).

De igual manera, una cuestión recurrentemente analizada es la exigibilidad o inexigibilidad del dictamen del Consejo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021 estudia dicha exigibilidad al haberse omitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado con relación al Real Decreto que fija el salario mínimo interprofesional. En estos casos, el Tribunal Supremo considera que no es exigible, pues no cabe confundir la potestad reglamentaria o normativa con la atribución legal al Gobierno de la potestad ejecutiva de fijar dicho salario mínimo.

El Tribunal Supremo se enfrenta con frecuencia al contenido del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (1980), que exige que el citado órgano sea consultado en los casos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones. En ocasiones —por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 marzo de 2022—, ha tenido que analizar qué es un reglamento o disposición de carácter general, negando ese carácter al Real Decreto por el que se crea la medalla de campaña para reconocer la participación en determinadas operaciones militares y campañas en el exterior.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2021 nos recuerda que la doctrina de esta sala precisa que son «reglamentos ejecutivos» los que la doctrina tradicional denominaba «reglamentos de ley», entendiéndolos como aquellos que no eran obra espontánea de la autoridad ejecutiva administrativa. Por ello, son reglamentos ejecutivos los que están directa, inmediata y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes; de manera que, dicha ley (o leyes) sea completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento.

Estos se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota, al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que, posteriormente, ha de establecer el reglamento en colaboración con la ley.

En segundo lugar, es también necesario que el reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico; esto sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 de la LOCE (Ley Orgánica 3/1980), los reglamentos *secundum legem* o meramente interpretativos, entendiendo por tales los que se limitan a aclarar la ley según su tenor literal, sin innovar, o los que no hacen una innovación trascendente del ordenamiento jurídico.

No resulta exigible, por tanto, dada la ausencia del carácter de reglamento ejecutivo, cuando la orden ministerial analizada tiene como mera función hacer viable formalmente la autoliquidación y pagos fraccionados del impuesto, a través de un modelo unificado, sin crear derechos ni obligaciones *ex novo*, que no vengán ya agotadoramente definidos en la ley. De igual manera, resulta exigible y tiene carácter de reglamento ejecutivo en el caso de un real decreto, que se dicta en desarrollo de lo establecido en el texto refundido de la Ley de Aguas, al regular aquel la tramitación de los procedimientos, los supuestos indemnizables y el régimen sancionador; vicio este (la ausencia del dictamen del Consejo de Estado), determinante de la ilegalidad del trámite y de la nulidad de pleno derecho del Real Decreto, cuya urgente aprobación no resultaba justificación suficiente para prescindir del aludido trámite esencial.

También ha incidido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la posición institucional del Consejo de Estado en relación con la articulación territorial de nuestro país, un Estado de carácter autonómico. En este sentido, la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones reglamentarias de las Comunidades Autónomas ha sido una cuestión singularmente controvertida, que no ha tenido un tratamiento unitario en la propia jurisprudencia del Tribunal y en la que ha

estado implícito el propio debate sobre la posición institucional que la Constitución otorga al Consejo de Estado en la configuración del Estado plural autonómico que instaura.

El Consejo, pese a la dicción literal del artículo 107 de la Constitución (1978), que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene, en realidad, el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución diseña, como deriva de su no integración en la Administración activa, de su composición y de sus funciones consultivas que se extienden a las Comunidades Autónomas. Todo lo anterior ha de tomarse en consideración, a la vez que la progresiva creación de consejos consultivos propios, por parte de las Comunidades Autónomas.

El estado actual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo extiende la exigencia del informe preceptivo del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas dictadas en desarrollo de una ley, siempre que no exista un organismo autonómico homologable a dicho Consejo.

No quiero concluir esta intervención sin hacer una referencia al indudable argumento de *auctoritas* que deriva de los dictámenes del Consejo de Estado. La incorporación de estos dictámenes a los expedientes administrativos sometidos a revisión jurisdiccional es, sin ninguna duda, una de las más preciadas herramientas con las que cuenta, con las que contamos los jueces en España para interpretar el ordenamiento jurídico y para resolver las controversias que se someten a nuestra consideración.

Perspectiva del derecho colombiano



Álvaro Namén Vargas
Expresidente del Consejo de Estado
Exmagistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil

La conferencia hace referencia a la interacción que debe haber entre las funciones consultivas y jurisdiccionales, en el modelo de control especializado en la administración, tal y como se ha optado, por parte de varios países, entre ellos el colombiano, al imitar el sistema de control y de Consejo de Estado de origen francés.

En la conquista revolucionaria que en 1789 quedó en la Constitución francesa napoleónica, se instituyó el Consejo de Estado, como órgano máximo, para efectos de controlar la propia administración, desde la propia administración. Sin embargo, posteriormente, bajo los conceptos de justicia retenida y delegada que todos conocemos, fue adquiriendo también funciones de tipo jurisdiccional.

Ahora bien, quisiera referirme a dos cuestiones en esa interacción como yo lo veo. Una, desde el punto de vista orgánico, y otra, desde el punto de vista funcional.

Desde el punto de vista orgánico, en el caso colombiano, en primer lugar, tuvimos una ausencia de 100 años de ese tipo de interacción. Porque en la evolución, contada muy bien por el doctor William Zambrano, la función consultiva precedió en 100 años a la función jurisdiccional; gracias a la instauración que hizo nuestro Libertador en 1817. Pero ello no fue un accidente político, sino más bien, fue por imitación, y por la admiración que profesaba por la república naciente de Francia, y de Napoleón, lo que lo llevó a instaurar un consejo provisional.

Para efectos de que se pudieran construir las bases de la República, tenía una función asesora, pero también, colegisladora, de orientar la conducción de esa naciente república, que ya el Libertador había advertido, debía tener un control sobre el poder. De ahí que, en esa evolución en el primer siglo, el Consejo de Estado se transformó y se volvió molesto para los gobiernos de turno, lo que lo llevó a su desaparición, en buena parte, antes de finales del siglo XIX. Luego, se vuelve a instaurar en la Constitución de 1886, y aquí es donde empieza esa interacción orgánica, porque se prevé en la constitución que el Consejo de Estado se situaría como una rama más del poder público, sin ubicarlo exactamente en alguna de ellas. Desde allí podía cumplir tanto la función de cuerpo supremo consultivo del gobierno como esa función jurisdiccional.

Esa instauración que se hizo fue, realmente, una quimera, porque en 1905 ese Consejo de Estado se suprime nuevamente. Esto se llevó a cabo cuando el Consejo de Estado advirtió que no se puede conceptuar a favor de algunas de las aspiraciones de un gobierno dictatorial en aquella época, que quería unas conmutaciones de pena de muerte. Su eliminación se hizo con el pretexto de que iba a ser un organismo incómodo, pero en el fondo, sobre la base que generaba un gasto.

Llegamos entonces a 1910, con el Acto Legislativo n.º 3. Ahí verdaderamente es cuando se instaura nuestro sistema de dualidad de jurisdicciones y se genera un tribunal supremo, no con el nombre de Consejo de Estado y, previendo la instauración de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de un cuerpo supremo consultivo del gobierno.

Ello se concreta con la Ley 130 (1913), que es nuestro primer código, en donde se sella verdaderamente ese concepto de dualidad de jurisdicciones, y esa interacción desde el punto de vista orgánico.

Un año después, en septiembre de 1914 se «recrea» o se reimplanta el Consejo de Estado, al que se le reconocen esas dos funciones, y donde se organiza nuestra jurisdicción. De ahí en adelante, entonces, empieza a correr de forma paralela esta interacción desde el punto de vista orgánico, en la medida en que, al comienzo, no había una separación plena de las diferentes salas: había una sala de negocios generales y otras salas para asuntos jurisdiccionales, en donde se confundían estas cuestiones que eran materia de control. Esto se hacía bajo una justicia que tiene dos ópticas: primero, una preventiva que se ejerce a través de la función consultiva, en donde también se administra justicia; y segundo, una curativa, o si se quiere remedial, que ejerce la función jurisdiccional de control a la administración del exceso y de la arbitrariedad que se puede cometer por las autoridades.

Desde esa perspectiva entonces, esa naciente imbricación funcional empieza a desligarse con un punto de referencia muy importante, que se da en el año 1941 con la Ley 167 (1941), que es nuestro segundo código. En este se separan dichas salas y se crean básicamente tres: una sala de negocios generales para las funciones consultivas, con una integración por parte de algunos miembros del Consejo de Estado; una Sala Contenciosa-Administrativa; y otra sala para asuntos administrativos propiamente dichos.

Con posterioridad, el Decreto 564 (1968), le asigna dos competencias muy importantes a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que son: la responsabilidad del Estado en materia contractual y extracontractual. Para el año de 1958 se había creado una sala de servicio civil, que no se llamaba Sala de Consulta.

De igual manera, con las reformas posteriores que se le realizaron desde el punto de vista orgánico al Consejo de Estado, se crea esa Sala de Consulta y Servicio Civil, y se separa con el Decreto 1 (1984). Aquí, verdaderamente, se presenta un apartamiento orgánico entre la Sala de Consulta y Servicio Civil de lo Contencioso-Administrativo con su función jurisdiccional. Asimismo, se crean algunos mecanismos para esa interacción orgánica, pero no para asuntos funcionales realmente, además, se entendía que por imparcialidad deberían separarse ambas funciones.

Esa sala de interacción, era una sala plena que se generaba a través de esas dos salas, donde solamente se tenían que mirar aspectos administrativos, de nominación de funcionarios y, básicamente, rendir un dictamen que es consultivo. Sin embargo, comparten con la Sala Contenciosa, asuntos como la

autorización del paso de tropas extranjeras. Básicamente, una función consultiva en donde las dos salas ejercen esa misión en materia consultiva.

Desde este punto de vista, se puede observar que hay una interacción orgánica, que como vemos, se sella con la Constitución de 1991, cuando el artículo 237 señala que, el Consejo de Estado se dividirá por salas, en donde se deberán, valga la redundancia, separar las funciones jurisdiccionales de las funciones consultivas. Quiero que se retenga este punto que es una mirada desde lo orgánico, y no desde el punto de vista de los magistrados.

Entonces, una primera reflexión que se ha entendido en Colombia por esa interacción que existe: es que es una separación de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, y es también una separación de la Sala Contencioso-Administrativa, como órgano de cierre como Tribunal Supremo en lo Contencioso-Administrativo.

Pasemos a lo segundo: a lo cualitativo, a lo funcional, a cómo ha sido esa interacción pese a esa separación, supuestamente divisoria, marcada entre ambas funciones. Me parece que básicamente no hace referencia a que la función consultiva bajo ese concepto de justicia también administrativa, pero preventiva, ejerce unas funciones muy importantes que, luego, se reflejan en lo jurisdiccional, en lo contencioso-administrativo.

Básicamente, yo hago referencia a tres de ellas: la primera, la ordinaria que es emitir conceptos en asuntos de administración y cuando se soliciten por el Gobierno nacional, ejerciendo su función connatural de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Para prueba de ello, hay un estudio de la Sala de Consulta, dirigido por el consejero de Estado, el doctor Édgar González, con participación de los miembros de la sala, en donde se da cuenta de que solo entre los años 2000 al 2019 ha habido una participación e influencia de la Sala de Consulta y de sus conceptos en diversos temas de administración. Más de 2.299 providencias de la Sala Contenciosa se sustentan en asuntos de administración, en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los temas álgidos del Estado: impuestos, función pública, contratación, temas electorales, de técnica legislativa, lo relativo también a medioambiente, a servicios públicos domiciliarios; en fin, todas las cuestiones y funciones del Estado.

Cuando llegan a esa justicia conflictiva contenciosa y se impone el remedio a través de la administración de justicia, esa administración de justicia, en la Sala Contenciosa, se fundamenta en los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Y, ¿por qué? Porque la Sala de Consulta tiene lo que denominaban quienes me precedieron en el uso de la palabra, el auctoritas, que es ese poder moral y esa objetividad e imparcialidad, de unos magistrados, porque también lo son, que, a través de las técnicas sobre interpretación de las normas, auscultan los pasajes oscuros en la aplicación del derecho, y en aquellas complejidades que, muchas veces, la justicia contenciosa en tiempo real, no alcanza a avizorar.

Acá sobresale otro punto de inflexión: la Sala de Consulta siempre va un paso adelante de la Sala Contenciosa, porque, por supuesto, los procesos y también los problemas de congestión judicial, dilatan en el tiempo la resolución de las controversias, y la administración debe actuar en tiempo real. Entonces, cuando le consultan a la sala temas como los que nos han expuesto acá: el dominio

«punto co», el Acuerdo de Paz, el retiro por reestructuraciones del Estado en función pública, etcétera, pues se pronuncia en términos que implican la acción de la administración. Posteriormente, esas controversias llegan y se demoran unos buenos años. De manera que, anticipadamente, ya la Sala de Consulta se ha pronunciado en relación con el tema. Asimismo, los jueces tienen una brújula, un norte legal a seguir para poder dirimir sus controversias. De ahí entonces, la importancia de la función consultiva en este sistema concentrado, pero con dos funciones en la misión del Consejo de Estado, que es total.

Lo tercero que quería mencionar era que, en la parte funcional se ha entendido que los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil no pueden participar en funciones jurisdiccionales. Esto ha dado lugar a polémicas internas, respetuosas y técnicas.

Básicamente, por cuenta de la Ley 1437 (2011) se señaló que los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil pueden fungir como conjuces en la Sala Contenciosa, norma que no se le ha dado vida. Si bien, el tema ha estado en discusión, la norma fue promovida en su momento por miembros de la Sala Contenciosa que, al momento de redactarse el cuarto código (que es la Ley 1437 del 2011) señalaron que, quienes tienen el mejor compromiso y calidad de magistrados, para poder, en aquellos asuntos en los cuales existieran empates o falta de quórum, integrar las salas contenciosas con la finalidad de poder solucionar e impartir justicia, son los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Visto ello desde el punto de vista de la calidad jurídica que tienen, como desde el punto de vista de la imparcialidad.

Esto es básicamente una interacción que hay que explorar y que no hay que cerrar. ¿Por qué? Si ven el sistema francés genuino, el método de control de la administración implica que el consejero de Estado francés tenga esa doble pertenencia, y esta se refiere a la experticia, por un lado y para el otro. Como decía el presidente Santi Romano del Consejo de Estado italiano, el control de la administración. Además, el Consejo de Estado tiene esas funciones en dos caras de una moneda, pero son una sola institución. Desde esa perspectiva, bien valdría la pena que en ese sistema francés genuino, que ya fue escrutado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que cuando se estudió en esa primera sentencia a propósito del Consejo de Luxemburgo, no se objetó el modelo, lo que se objetó fue que no existieran mecanismos para la imparcialidad.

Nosotros desde hace mucho tiempo tenemos un sistema fuerte de impedimentos y de recusaciones que permitiría asegurar y garantizar ese estándar que pide el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así que, simplemente hago esta última reflexión sobre esas interacciones y la resumo en tres para culminar: la primera, hay una interacción orgánica a través de las salas; la segunda, hay una interacción funcional necesaria inescindible, en cuanto a que los conceptos alimentan la jurisprudencia como buena y saludable doctrina; y la tercera, la prudencia, que también sirve para sustentar los diversos conceptos que la Sala de Consulta emite.

Nuevos retos de la función consultiva: ¿Cómo se proyecta la función consultiva al año 2030?



*Patrick Santer
Vicepresidente del Consejo de Estado del Gran Ducado de Luxemburgo*

¿Cuáles son los retos que el Consejo de Estado de Luxemburgo va a encontrar hasta 2030, lo que es realmente mañana?

Iniciaré por explicar lo que el Consejo de Estado de Luxemburgo hace a diferencia de las exposiciones que han precedido, en las que hemos hablado de consejos de Estado con sistemas parlamentarios bicamerales. En Luxemburgo, el Consejo de Estado tiene un sistema parlamentario unicameral.

El Consejo de Estado está instalado en el proceso legislativo y cumple una función realmente importante. Se estableció como una institución reaccionaria. En 1856, el rey de los Países Bajos quería restringir o limitar el poder parlamentario con todo, aprovechando la creación de un Consejo de Estado. Si bien los candidatos a dicho parlamento por parte de Luxemburgo eran muy pocos, esto fue razón más que suficiente para estar más alerta, a fin de lograr que se nombraran miembros por alguno de los tres grandes duques.

En 1886, se instituyó la nueva constitución vigente actualmente, y se advirtió que el Consejo de Estado, más allá de ser el responsable de controlar el parlamento, era también el garante y protector de las libertades de las personas.

En 1993, al Consejo de Estado, que hasta ese momento era un tribunal administrativo con funciones jurisdiccionales, le fue retirada esta última función, la cual fue asignada a una Corte Administrativa.

Así, el Consejo de Estado, también llamado por la prensa como la Alta Institución, tiene actualmente miembros elegidos por el parlamento para un periodo de 12 años, cargo para el cual, antes, se era elegido de manera vitalicia.

Por otra parte, para ser nombrado miembro del Consejo de Estado, es necesario ser ciudadano luxemburgués, tener 30 años cumplidos, gozar de los derechos civiles y políticos y residir en el Gran Ducado. La función de un miembro del Consejo de Estado es compatible con cualquier otra función y profesión, salvo las de los miembros del Gobierno, como magistrado, agente de la Secretaría del Consejo de Estado, así como con los mandatos de miembros de la Cámara de Diputados y del Parlamento Europeo, de una cámara profesional o del Consejo Económico y Social. La aceptación de una de las funciones o de uno de los mandatos enumerados implica de pleno derecho el cese de las funciones como miembro del Consejo de Estado.

Los miembros del Consejo de Estado son 21 en total y son nombrados por el Gran Duque, alternativamente y en el orden siguiente:

- a. A propuesta de un candidato del Gobierno;
- b. A propuesta de un candidato por la Cámara de Diputados;
- c. A propuesta de un candidato por el Consejo de Estado.

Las candidaturas deberán respetar la proporcionalidad de participación de los diferentes partidos políticos.

Ahora bien, las funciones del Consejo de Estado son varias. Desde pequeñas, como dar respuesta al gobierno respecto de consultas sencillas de la administración pública, así como respecto de la vacunación contra el covid-19; si se debía hacer un referéndum respecto de la adopción de la Constitución Europea, o si era necesario adoptar reglas electorales para ser miembro.

También hay proyectos en los que la Cámara de Diputados puede hacer preguntas generales, controlar los proyectos de ley en su integridad y hacer observaciones formales. De igual manera, intervenir cuando un proyecto afecta el bloque de constitucionalidad y a la Carta Europea de Derechos Humanos, o respecto de los principios generales de derecho. También al Consejo de Estado se le puede hacer preguntas respecto de proyectos y hacerse propuestas que pueden o no ser aceptadas. Del mismo modo, podrán hacerse observaciones formales ante la Cámara de Diputados. Así, un texto de ley debe ser votado dos veces con un intervalo de tres meses entre ambas votaciones. Igualmente, también se puede bloquear la adopción de una ley por tres meses, lo que va más allá de la función consultiva.

En la práctica, cuando se hacen oposiciones formales, el gobierno o la cámara se somete a la propuesta, y se puede llegar a un ajuste. Si se ajusta, va de nuevo al Consejo de Estado, que verifica si hay que hacerse o no una nueva oposición formal.

Respecto de las normas reglamentarias o reglamentos, todas deben de tener una base legal y puede estar en ejecución de una ley. Aquí el trámite es más fácil, pues solo el reglamento se cambia cuando el gobierno plantea una situación de urgencia, en cuyo caso debe pasar por el Consejo de Estado para su revisión. Si la norma reglamentaria tiene el carácter de urgencia, su control está en cabeza de la justicia contenciosa, pero si dicho reglamento no tiene el carácter de urgente, el mismo no se aplica.

También se hace un control formal, de carácter gramatical. Aquí se puede recordar la sanción del artículo 95 de la Constitución (1991), en el sentido de que los tribunales no aplicarían dicha norma reglamentaria, por no tener bases legales. Con todo, la norma se publica, pero será un juez quien determinará si se aplica o no.

Ahora bien, entre los años 2020 y 2021, el Consejo de Estado emitió 460 dictámenes, 259 proyectos de ley y 51 de carácter reglamentario; además, de 11 proposiciones de leyes de reforma de la constitución, lo cual es bastante extraño, pues tiene su origen solo en el parlamento; 323 proposiciones formales, 33 sobre la legalidad de penas, estas últimas porque deben ser normas muy precisas, y no lo eran; 35 oposiciones formales por ser proyectos defectuosos, y 133 sobre la seguridad jurídica.

Ahora bien, los retos del Consejo de Estado son de dos categorías:

A) El primero respecto del funcionamiento del Consejo de Estado.

El número de proyectos de ley analizados aumentó, no solo a causa de la situación presentada por el covid, sino también respecto de las medidas y ayudas tomadas con relación a la agresión de Rusia a Ucrania; aunado a un número incalculable de normas y proyectos de ley de todo orden. Contexto que se agravó por la urgencia de los proyectos de ley en materia de covid, los cuales se orientaron a ayudar a las personas, así como a los proyectos de ayuda a las industrias, en razón del aumento del precio del gas y de la electricidad. Todo lo anterior se hizo con el fin de enfrentar la inflación en muchos bienes de consumo, siendo entonces situaciones que no permiten espera alguna.

Así, los numerosos proyectos que vienen del parlamento deben ser analizados por el Consejo de Estado; y es el mismo Consejo de Estado quien los prioriza en su estudio. Así, el encargado de tomar la decisión en el consejo redacta el proyecto de decisión en una versión final, la cual se lee en su integridad, en una sesión de dos horas. Con todo, si bien hay proyectos de veinticinco hojas que se pueden revisar en dos horas, hay otros, que tan solo se avanza tres hojas en el mismo tiempo, dada su complejidad jurídica, lo que es desgastante. Así, entre menos bien redactado esté el proyecto, más difícil será su análisis. Por ejemplo, había un proyecto de reforma notarial con tan solo 30 artículos y 35 oposiciones formales. Sin embargo, supuso un trabajo muy largo que duró aproximadamente un mes de sesiones.

Esta dificultad de gestionar, también se podría pensar que se debe a las múltiples ocupaciones y formaciones profesionales de sus miembros. Yo, por ejemplo, soy abogado, pero hay en estos puestos también, un médico, un profesor de matemáticas y más, con diferentes profesiones, que ejercen sus actividades en otra parte. Ello, lleva a considerar que, si estos miembros del Consejo de Estado se dedicasen tiempo completo a su función en el consejo, se tendría una gestión más eficiente y se podrían elaborar decisiones más claras y efectivas.

Sin embargo, esta diversidad de experticia lleva, igualmente, a que una persona que conozca el tema pueda redactar o elaborar decisiones, con el claro conocimiento del tema. Con todo, existen asuntos que deben ser conocidos. Por ejemplo, hubo un proyecto de ley que establecía que algunos funcionarios judiciales debían dar información al Ministerio de Economía. Quien tenía el proyecto a su estudio, no le vio problema. No obstante, el consejero que era abogado,

consideró que ello no era viable, pues las ramas del poder público, en este caso la justicia, deben ser totalmente independientes y no pueden estar conectadas con el gobierno. De haber aceptado dicho proyecto, la decisión del Consejo de Estado habría tenido tan solo un efecto teórico y no hubiese sido posible aplicarlo en la práctica.

B) El segundo respecto de la complejidad de los asuntos a cargo del Consejo de Estado.

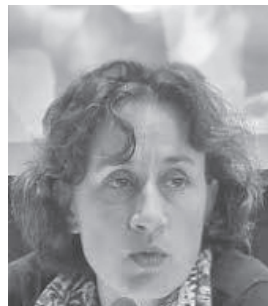
Esto lleva, de nuevo, a la preocupación sobre la calidad de las decisiones que se toman. En efecto, ahora, los proyectos de ley son cada vez más complejos. Por ello, tenemos jueces especializados, como la jurisdicción administrativa y la especialización de los mismos abogados; esto los lleva a solo trabajar en su área.

Ahora, las leyes son tan complejas, que casi que se sugiere omitirlas. Por ejemplo, se tenía una Ley de 1985, de tan solo 50 artículos, y su complejidad era tal que solo se refería el tema laboral: era nuestro código del trabajo.

No sabemos entonces si la situación ha mejorado. Lo que importa es que el Consejo de Estado lleva más de 250 años, lo que lo hace ser el garante del respeto hacia la ley y del Estado de derecho; ello se ve reflejado en decisiones como las que se tomaron en materia de covid, frente a lo que el gobierno, a través del Ministerio de Economía, impuso algunas restricciones de carácter económico y de las cuales el Consejo de Estado, estuvo en su momento de acuerdo. Sin embargo, la Corte Europea de Justicia señaló que ello no era posible, y declaró nula dicha ley.

Finalmente, el Consejo de Estado se encuentra un tanto politizado. No se puede ser consejero de Estado, si no se tiene el apoyo de un partido político. Con todo, apenas se llega al Consejo de Estado, y se tiene una independencia muy particular; todo esto a pesar de que algunos de sus funcionarios son muy cercanos a los partidos.

De otra parte, si el Consejo de Estado quiere hacer una pregunta, el gobierno es el que va al Consejo de Estado, porque así se lo pide. Pero igualmente, el gobierno puede acudir al Consejo de Estado, para aportar algo a sus proyectos.



Delphine Hedary
Consejera de Estado de Francia

Frente a la pregunta, ¿cómo se proyecta la función consultiva hacia el año 2030?, debo indicar, por una parte, que ciertamente, en el caso de Francia, el Consejo de Estado seguirá dando sus conceptos, por cuanto la Constitución lo prevé como obligatorio frente a los proyectos de decreto. Además, porque de acuerdo con las funciones que se reglamentan, también debe emitir sus dictámenes respecto de las ordenanzas, las cuales si bien, pueden tener reserva de ley, se pudieron originar en el propio gobierno, en razón a una habilitación que el parlamento le hace al propio gobierno, solo respecto de ciertos temas; dichas ordenanzas tienen valor legislativo.

De igual forma, el Consejo de Estado debe emitir un dictamen respecto de aquellas normas de carácter puntual, que elaboran los territorios franceses denominados de ultramar, que si bien, tienen cierta autonomía, el Consejo de Estado debe igualmente cumplir su función emitiendo un dictamen al respecto.

Asimismo, y teniendo en cuenta una función que está vigente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1958 —aunque actualmente no tiene mucho uso—, que reza que, por vía de un decreto se pueda modificar, previo concepto del Consejo de Estado, un texto que tiene forma de norma legislativa. Sin embargo, no tiene que ver con los temas reservados al legislador.

Ahora bien, la misma Constitución puede ser modificada y frente a esta posibilidad el Consejo de Estado se erige como una garantía democrática, que debe, igualmente, rendir su concepto. Incluso en momentos bastante difíciles, como durante la crisis sanitaria por el covid, se emitieron muchas disposiciones que debieron ser tramitadas rápidamente, la mayoría de ellas bajo el estado de emergencia, pero en todos esos casos, el Gobierno pidió al Consejo de Estado que se pronunciara frente a los proyectos de ley que presentaba.

De otra parte, la función del Consejo de Estado de garantizar el respeto de la jerarquía normativa y, en especial, de las normas superiores, se hace tras analizar textos que se le presentan. Esta garantía no se pone en duda, considerando la gran legitimización e independencia que tiene el Consejo de Estado, y a que sus miembros son expertos jurídicos. Además, debe indicarse que el Consejo de Estado tiene una función contenciosa, que no tiene que ser ejercida por

los mismos miembros, pero que, usualmente, estos pasan a cumplir funciones contenciosas en algún momento de su trabajo, para lo cual debe aprobarse un concurso, aclarando que el ejercicio de la función contenciosa suele darse al inicio de nuestras carreras.

En este punto, menciono las palabras del señor vicepresidente del Consejo de Estado de Luxemburgo, quien, al establecer las diferencias de su Consejo de Estado, señala que sus miembros son elegidos como parte o en representación de algún partido político, a diferencia del caso de España. Aquí en Francia, esa justificación para ser elegido consejero no es viable, pues aquí ninguno es nombrado con ese criterio. La mayoría de los consejeros en Francia pudieron cumplir funciones administrativas en el gobierno, lo que puede ser usual, y haber sido altos funcionarios. No obstante, esta experiencia no es motivo suficiente para ser nombrado consejero de Estado. Además, debe recordarse que en Francia hay una institución dedicada exclusivamente a la formación de estos funcionarios, quienes, además, han tenido una larga carrera como funcionarios públicos, laborando en otras instancias judiciales como son los tribunales.

Visto lo anterior, el avance constitucional en la función consultiva del Consejo de Estado está influenciado por los avances jurídicos que pueden llevar a cambios hacia el futuro. Respecto a ello, me puedo anticipar señalando que existen factores que influyen en la función consultiva a futuro, siendo el primero de ellos, la **evolución del derecho**.

Estos cambios o evoluciones, que son cada vez más complejos en el caso de Francia, tienen que ver con su condición de miembro de la Unión Europea. Es así como debe haber un proceso de adecuación entre las normas de la Comunidad Europea y las nacionales, teniendo en cuenta que algunas normas son aplicables en forma directa, mientras que otras deben ser adaptadas bajo criterios relativamente amplios, pero con total respeto del derecho internacional. Además, no solo las normas del derecho europeo son cada vez más complejas, sino que las mismas son igualmente cada vez más técnicas.

Un segundo aspecto que incide en la función consultiva, es que ahora somos **sociedades cada vez más complejas**. Al respecto debo recordar que en la sección de trabajos públicos a la que pertenezco, que le corresponde tratar los temas de medio ambiente, energía, transporte, construcción, entre otros, quienes intervienen en estos sectores son sujetos cada vez más especializados y técnicos.

Otro aspecto que incide en la función consultiva es el **contexto político**. No entendido por el color político, sino por el equilibrio o las mayorías políticas parlamentarias. Esto se debe a que, al haber mayorías en el parlamento, se hace menos necesario que se dé «habilitación de funciones al gobierno», y por lo mismo, un inferior número de proyectos de ordenanzas corresponden a los proyectos de ley elaborados por el gobierno.

Normalmente, dentro del último año de mandato hay menos proyectos de ley elaborados por el gobierno. No obstante, hay variaciones de carga laboral a lo largo del año, como sucede antes de salir a vacaciones de verano, pues ello se hace con el fin de que esos proyectos de ley puedan entrar a regir a comienzos del año siguiente.

También hay una **incidencia cualitativa** en la función consultiva. Ello obedece a cuando los textos normativos son muy técnicos, pues, por lo general, son elaborados y preparados por personal técnico o especializado. Para comparar esta situación con lo expuesto respecto de Luxemburgo, en estos casos, se convocan los diferentes ministerios, pero ciertamente, no se hace a nivel del ministro, sino a nivel de directores de oficina o de expertos. Por ello, en estas situaciones la influencia política es mínima y la labor que estos delegados de los ministerios realizan es importante, dada la especialidad del tema.

De igual forma, otro aspecto que incide en la consulta estaría dado en función de la **calidad de los textos que nos son remitidos** y ello varía dependiendo de los acuerdos que se pactan, pues, en algunos casos, dadas las necesidades políticas, los textos no son muy bien elaborados.

Además, se debe tener en cuenta frente a la pregunta de la visión de la función consultiva al 2030, que corresponde a una función que no es obligatoria, y por lo mismo, muy variable. Los mismos parlamentarios solicitan a las secciones de consulta del Consejo de Estado, su concepto, respecto de algún tema de su interés, en cuyo caso la consulta al Consejo de Estado, no es obligatoria. Actualmente, hay pocos procesos de esta naturaleza.

Hay otros aspectos de la función consultiva que corresponden a los **avisos jurídicos** que le presenta el gobierno al Consejo de Estado. Se presenta un texto que debe comportar una cuestión jurídica que lleve a que el Consejo de Estado emita un concepto y que este se dé antes de que el proyecto de ley sea discutido. En estos casos debe haber una pregunta de carácter jurídico.

El último parámetro a tener en cuenta son las expectativas sociales. Hay algunas que tienen una incidencia que depende del contexto y de la capacidad del Consejo de Estado de dar respuesta. Por ejemplo, hay expectativas en materia climática. Hay otros temas como la energía (tema muy delicado), la seguridad sanitaria y la seguridad pública. Todos, respecto de los cuales se reclama del Estado las libertades individuales, y que exigen una regulación por vía de una ley, frente a lo cual el gobierno solicitará su concepto al Consejo de Estado.



Óscar Darío Amaya Navas

Consejero de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil

Como bien lo expuso el doctor Édgar González, en conceptos que presentó esta mañana, una de las funciones de nuestra Sala es estar en sintonía con lo que está pasando. Por solo mencionar uno de los conceptos, el de la pandemia permitió que, en dicha época, cuando el mundo no sabía para dónde iba, dio una señal jurídica desde nuestra corporación para desentramar de esa situación, de qué hacer con las vacunas.

Entonces, por supuesto, agradezco a los visitantes que nos han acompañado, de hecho, muchos de ellos ya se han adelantado a la cuarta presentación que tengo sobre el rumbo de la función consultiva. Este corto trabajo que presentaré es el producto de discusiones que se han adelantado en los últimos cinco años durante la presidencia de los doctores Danilo, Jorge Octavio, Germán Bula y Álvaro Amén, de la Sala de Consulta en lo que en algún momento llamamos el proyecto Veinte treinta. Entonces, digamos hacia dónde va la corporación y, en este caso, hacia dónde va la función consultiva.

Básicamente, haré una presentación que la resumo en cuatro aspectos:

- El primero sobre los retos y perspectivas de la función administrativa.
- El segundo acerca del crecimiento del Estado. Esta es una corporación y una sala que fue diseñada y concebida en el año de 1991, de acuerdo con los avatares legales y constitucionales para un país que hoy es diferente y eso hay que tenerlo muy presente.
- En tercer lugar, hablaremos brevemente sobre la buena administración.
- En cuarto lugar, hablaremos del enfoque de sostenibilidad para llegar rápidamente a unas conclusiones.

Los retos y perspectivas de la función administrativa en el Estado moderno, así como la función administrativa, no son un monopolio de la rama ejecutiva del poder público. Es claro que otros órganos del poder público ejercen funciones de gobierno o administración en Colombia.

La Constitución Política (1991) en su artículo 113, establece la existencia de órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las «funciones del Estado». Es por ello, por lo que existen órganos como el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, y autoridades electorales, como el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, y de la banca central como el Banco de la República, los cuales, además de cumplir con su función propia, también cumplen algunas funciones administrativas.

Creemos, desde la Sala de Consulta y Servicio Civil, que al visualizar el Consejo de Estado hacia las décadas futuras, dichas entidades podrían tener la posibilidad de acceder directamente al ejercicio de la función consultiva. Este argumento lo expongo, por cuanto, con mucha frecuencia, estas entidades llegan a nosotros a través del ministro de Hacienda, el ministro del Interior o el ministro de Justicia y del Derecho. De alguna forma, esta es una tergiversación de la función consultiva a la que podrían acceder directamente incluso los órganos que tradicionalmente integran la rama legislativa y judicial del poder público, y que se encuentran cumpliendo funciones de administración. Como cuando, por ejemplo, se vincula o desvincula a un personal administrativo y se resuelven situaciones administrativas laborales, o se celebran contratos y corresponden a entidades o ramas del poder público que no acceden a la función consultiva.

Otra forma de ver esto es desde el principio de la colaboración armónica. En Colombia existe un principio constitucional de interrelación entre las diferentes ramas del poder público: el principio de colaboración armónica entre los poderes públicos contenido en el artículo 113, así como los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de nuestra Carta Política, que sustenta constitucionalmente que los distintos órganos del Gobierno nacional puedan activar la función consultiva y recibir el consejo experto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Pues esa función se encuentra al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece, y en ese concepto de Estado, la administración no es única, sino diversificada en una pluralidad de administraciones públicas.

Antes de hablar del crecimiento del Estado, quiero hacer también mención a las entidades territoriales, las cuales me refieren luego en las conclusiones. Con frecuencia, los departamentos y/o las provincias llegan a nosotros; las provincias llegan indirectamente, a través del ministro del Interior, porque no pueden hacerlo directamente.

Como segundo tema, el crecimiento del Estado. En la práctica, la estructura del Estado colombiano ha crecido exponencialmente. De conformidad con la Carta Política de 1991, son múltiples las funciones que debe cumplir y siempre con el derecho a la buena administración, entendida como la garantía a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución. Ya no es dable sostener que, únicamente el Gobierno pueda acceder a la función consultiva. Este, el Estado de hoy, es otro Estado.

El actual Estado no es el mismo de 1991. Ni siquiera el que se menciona en el Código del CPACA o en Ley 1437 (2011). Los hechos son muy claros y contundentes. El presupuesto general de la Nación que para 1992 ascendía a la suma de 7 billones de pesos, para el 2023 fue fijado en la suma de 405 billones de pesos, de los cuales, más de la mitad, es decir, 253 billones corresponden a gastos de funcionamiento. Esto demuestra que el Estado de ahora es muy distinto, al cual no se le puede aplicar el mismo corsé que tenía contemplado la Constitución (1991).

Como tercer punto hablemos de la buena administración. El derecho fundamental a la buena administración, que ha sido desarrollado desde la Carta de Niza, impone bajo la moderna noción de Estado social democrático y constitucional de derecho, que es esta estructura política y jurídica en su conjunto, la encargada de cumplir los fines que la Constitución establece en favor de los ciudadanos. Por lo tanto, la tradicional fórmula de que el Consejo de Estado es el órgano supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, y por lo mismo, este es el único que podría activar la función consultiva, debe ceder o debería ceder a una nueva lectura integral de la visión de Estado al servicio de los ciudadanos, que permite entonces, que otros órganos accedan o puedan acceder a la función consultiva.

Ese derecho fundamental a la buena administración ha redefinido el modelo de relaciones entre la administración y la justicia que la controla. Los ciudadanos que se benefician de ese control plantean, con ello, el advenimiento del nuevo paradigma del derecho del siglo XXI, como es la buena administración. Si esta se incumple, aplicando una gestión negligente, de mala calidad o de corrupción, estaría atentando en contra del derecho fundamental a la buena administración. De igual forma, estaría infringiendo el derecho de toda persona de que sus asuntos se traten por las autoridades de forma imparcial y equitativa, a que se resuelvan dentro de un plazo razonable, a participar en las decisiones que la afectan, y al derecho a que las actuaciones de la Administración en todas las esferas, se encuentren debidamente fundamentadas, en especial ante la exigencia de que la actuación pública esté motivada siempre por el interés general, y se dirija firmemente a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. Con ello se pueden realizar los derechos fundamentales.

De esta manera, la función consultiva emerge como uno de los instrumentos de la buena administración, con el propósito de que los ciudadanos puedan gozar y exigir que esta se desarrolle hacia adelante, bajo estándares de diligencia y alta calidad.

Por último, está el enfoque de sostenibilidad. Durante aproximadamente tres años, se ha venido trabajando en la necesidad de reconocer el tema de la sostenibilidad en el mundo. Desde la ecología hasta las instituciones y la administración pública, estamos presenciando una colonización de la administración pública, la administración legislativa, la judicial, la territorial, la local y la municipal.

Por ejemplo, la pandemia es un tema ambiental y el mundo tiene que darse cuenta de que hoy el concepto de sostenibilidad y desarrollo sostenible es tan importante, que debe empezar a ser visto con una perspectiva diferente, así como se habla de un enfoque de género. Si bien no es comparable con un enfoque de género, hay una jurisprudencia que reconoce una sentencia respecto de una situación jurídica, una situación de hecho, un contrato, se admite un enfoque de género y se procede al respecto.

En ese sentido, nosotros creemos que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ya ha dado pasos importantes, pues, como es de conocimiento de algunos de ustedes, se está concluyendo un estudio de jurisprudencia agraria y ambiental dentro de esa tarea que tiene la Sala de Consulta, que es la de hacer estudios jurídicos sobre temas a solicitud del Gobierno o por iniciativa propia. Dentro de ese análisis, hemos encontrado más de 400 jurisprudencias de consejeros, lo que

demuestra que su posición es «más ambientalista» de lo que uno se imagina. Además, ahora hay más enfoque de sostenibilidad de lo que uno se piensa.

Entonces, nuestra propuesta —y lo intentamos hacer cada vez que tenemos que resolver temas puntuales—, es agregar el segundo apellido de sostenible y sostenibilidad, llamar a la procuraduría y citar a la participación. En ese sentido, consideramos, como ya lo ha hecho el Consejo de Estado en más de cuatrocientas decisiones, un estudio de dos sentencias extraordinarias sobre minería y otra sobre áreas protegidas de flora y fauna. Estas son sentencias que, sin necesidad de declarar la naturaleza como sujeto de derechos, son más sostenibles, porque hablan de la protección de la naturaleza por supuesto, y también hablan del uso racional de los recursos naturales, y eso es sostenibilidad.

El principio del desarrollo sostenible se encuentra reconocido en el artículo 80 de nuestra Carta, y obliga a armonizar el derecho al desarrollo humano con la protección del medio ambiente, sobre la base de una convivencia armónica. Asimismo, el desarrollo sostenible es un principio general del derecho, promovido por el derecho internacional, la jurisprudencia de los Estados, la administración pública, e inclusive el sector privado. Se dice, incluso, que tiene las condiciones para convertirse, más allá de un principio del derecho ambiental, en un principio general del derecho. Por supuesto, es un tema frente al cual, los puristas de la filosofía del derecho son críticos, pero creemos nosotros, que las condiciones están dadas para empezar a hacer ese análisis; y una de las razones más fuertes es que el mundo cambió frente al tema ambiental.

Claro está que aquí no estoy haciendo ni activismo ni fundamentalismo. Estoy reconociendo lo que está pasando en el planeta, dentro de los objetivos del desarrollo sostenible aprobados por Naciones Unidas en el 2015, a propósito de la iniciativa colombiana, pues estos objetivos de desarrollo sostenible se los inventó una niña de cancillería, Paula Caballero, y luego fueron adoptados por Naciones Unidas y aprobados en el 2015, con el propósito de materializarlos para el 2030.

Así, encontramos el Objetivo 16 (de 17 en total), que pretende promover sociedades pacíficas e incluyentes para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos, y crear instituciones eficaces responsables e inclusivas en todos los niveles. Se estima que, de la función constitucionalmente asignada a la función consultiva, somos los llamados a promover la implementación del mencionado enfoque en el sector justicia.

En perspectiva, se propone construir una agenda para el 2030 e implementar el enfoque de sostenibilidad en la función jurisdiccional de lo consultivo, lo que permitirá posicionar a la Sala de Consulta como la primera corporación judicial que acoja dicho principio, generando una transformación profunda de su misión.

Revisemos la situación que esta mañana Édgar González mencionaba, que es uno de los conflictos que resolvió la Sala en el 2019, entre una comunidad indígena y un resguardo indígena. Lo que parecía un conflicto sencillo sobre dos árboles que tumbó dicha comunidad, y que al tenor del derecho —llamémoslo occidental—, habría sido merecedor de un proceso sancionatorio, terminó siendo admitido por la comunidad indígena como una falta. Por supuesto, porque no era un tema de impunidad, por lo que se cambió un paradigma. Esto se debe a que, en Colombia, los

indígenas no son autoridad ambiental. Entonces, ¿qué se hizo en el conflicto? Sin reconocer que fuera autoridad ambiental, para este caso y solo para este, el tumbiar dos árboles fue sancionado por el derecho indígena, sin necesidad de volverlo un derecho administrativo. Eso no significaba, ni una impunidad ni permitir la deforestación.

Otro ejemplo. Dos meses después, también en ponencias del doctor González, se resolvió un tema por la eliminación de un jaguar que había agredido a unos niños. Por supuesto, la autoridad ambiental inició un proceso administrativo, procediendo a la notificación y emplazamiento. El resguardo indígena resolvió el tema con el aval de la Sala de Consulta.

A título de conclusiones, como consecuencia del modelo constitucional descrito y del derecho fundamental a la buena administración, se propone que la función consultiva pueda ser activada, no solo por el Gobierno nacional, sino por otros órganos que también tienen a su cargo asuntos de administración. Estos involucran la materialización de las expectativas ciudadanas del buen servicio público, y permitirá que esta propuesta implique un cambio de paradigma, respecto de los últimos doscientos años. En la tradición jurídica colombiana, se insiste en una nueva lectura de los asuntos de administración que involucren el derecho a la buena administración y el enfoque de sostenibilidad, para llevar a cabo una transición que empezaría con las siguientes entidades, las cuales podrían acudir a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

- En primer lugar, órganos que constitucionalmente gozan de autonomía e independencia como el Banco de la República, la Comisión Nacional de Servicio Civil, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, entes universitarios autónomos y órganos de control.
- En segundo lugar, órganos que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, pero que la ley de su creación u organización les concede autonomía bajo lo que, internacionalmente, se conocen como autoridades administrativas independientes, como las agencias, entre otras, o las comisiones de regulación de los servicios públicos.
- No está de más considerar la posibilidad de que los 33 departamentos, en cabeza del gobernador; los distritos especiales en cabeza del correspondiente alcalde distrital; las entidades territoriales que, de conformidad con el artículo 115 y 39 de la Ley 489 (1998), 98 entidades integran la rama y son organismos principales de la Administración, así como las áreas metropolitanas pudieran tener también acceso a los servicios de la Sala de Consulta.

Por último, todo lo anterior supondría un fortalecimiento operativo y funcional de la Sala de Consulta y Servicio Civil que le permitiera prestar un servicio oportuno ante la muy probable demanda de servicio.

En términos generales, estas son las propuestas, sencillas y concretas. Son debates que se vienen dando desde hace muchos años, yo revisé desde el evento del 2010. Las observaciones del Gobierno de la época conforman un debate permanente, pero hoy el concepto de administración es distinto y el enfoque con el cual se debe manejar supone y tiene en la Sala de Consulta una posibilidad.

Panel: impacto de la función consultiva en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y la Jurisdicción Constitucional

Contamos con la participación de los siguientes panelistas: Hernando Sánchez Sánchez, magistrado de la Sección Primera del Consejo de Estado; Rafael Suárez Vargas, magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado; Ramiro Pazos Guerrero, exconsejero de la Sección Tercera del Consejo de Estado; Julio Roberto Piza Rodríguez, exconsejero de la Sección Cuarta del Consejo de Estado; Pedro Pablo Vanegas Gil, actual presidente de la Sección Quinta del Consejo de Estado y Antonio José Lizarazo Ocampo, magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

A continuación, los invitamos a subir para que podamos iniciar con este panel. Por ahora, le doy la palabra al moderador, el doctor Danilo Rojas Betancourth, actual magistrado de la Jurisdicción Especial para la Paz, expresidente del Consejo de Estado colombiano y exmagistrado de la Sección Tercera de esta corporación. Bienvenidos.



*Doctor Danilo Rojas Betancourth
Moderador*

Magistrado de la Sección de Apelaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Muy buenas tardes.

En primer lugar, un agradecimiento a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado por invitarnos a esta conversación; en particular, agradezco a la presidenta de la Sala, la doctora Ana María Charry Gaitán, por generar este tipo de conversatorios. Yo creo que son útiles para la reflexión de todos, de la administración, de los órganos consultivos de otros países que nos acompañan y de la ciudadanía en general.

Yo creo que las funciones de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de Colombia son ampliamente conocidas, y comparativamente tienen muchos parecidos y diferencias también, como se ha visto, con otras instituciones semejantes. Una de sus funciones menos conocidas, me parece a mí, es la relación que hay entre el producido de la Sala de Consulta y lo que hacen

los jueces administrativos y constitucionales en Colombia; ese es el objeto de este panel. Por ello, están aquí en esta tarima consejeros de Estado, exconsejeros de cada una de las secciones de la Sala Contencioso-Administrativa y está un representante de la Corte Constitucional, el expresidente Antonio José Lizarazo Ocampo. Considero que este es un tema de trabajo muy interesante que el Consejo de Estado en su Sala de Consulta ha venido desarrollando, y va a ser la pregunta general para la conversación rápida que vamos a tener.

Ante la constatación de las citas formales, así como sustanciales eventualmente, que se hacen por parte de los jueces del Consejo de Estado, de los magistrados de las distintas secciones y de la Corte Constitucional, la doctrina del Consejo de Estado está siendo citada en la jurisprudencia por parte del propio Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Esa constatación se ve reflejada particularmente en la última publicación que hizo la Sala de Consulta, coordinada por el consejero Édgar González, en la que se hizo un muestreo de los últimos veinte años de lo que ha sido citado por parte de los jueces administrativos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Para ello, se revisaron aproximadamente 5.000 providencias del Consejo de Estado, y se revisaron 500 providencias de la Corte Constitucional. Se pudo constatar, que en 1.211 sentencias del Consejo de Estado, de cada una de las secciones, han sido citados los conceptos de la Sala de Consulta, y en 90 de las 500 sentencias escogidas aleatoriamente de la Corte Constitucional.

Igualmente, la Corte ha citado a la Sala de Consulta; entonces, esa constatación genera un interrogante interesante, que es el objeto de esta conversación: ¿Cuál es el impacto que tiene la Sala de Consulta en la función judicial? Incluso, quisiera apurar un poco más la pregunta, con dos complementos: ante la constatación que existe de que los jueces contencioso-administrativos y los jueces constitucionales están citando formalmente los conceptos de la Sala de Consulta, sería muy plana la respuesta según la cual nosotros citamos, y aquí resulta muy importante dar un paso más en la opinión de ustedes, y es, ¿por qué se cita?, ¿para qué se cita?, y ¿qué impacto puede tener?

La pregunta tiene la siguiente intención un poco revulsiva, y es que, cuando uno es juez, uno puede citar un autor, una jurisprudencia, una doctrina y un concepto de la Sala de Consulta para que sirva de fundamento a la decisión o para que sea la nota erudita de la providencia, ¿no? Hay que ponerla allí para que, en todo caso, se vea que está bien estudiado, y que se averiguó. Los jueces suelen hacer eso, citan a Habermas y a Alexy y queda como con la nota erudita de la providencia, pero a la hora de la verdad, poco peso puede tener en relación con el argumento central y con la decisión que se toca. Es en ese sentido que quisiera indagar más; si esa cita es casual, más formal, más amable, o si realmente tiene un verdadero peso en la decisión y en la consideración, en la *ratio decidendi* de la providencia. Por otra parte, respecto de la jurisprudencia, ¿cómo va esa pregunta en relación con conceptos de la Sala de Consulta que se citan en la jurisprudencia?

Entonces, doctor Lizarazo, arrancamos con la Corte Constitucional.



*Antonio José Lizarazo Ocampo
Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia*

Yo quiero también comenzar por agradecer a la Sala de Consulta, a todos sus integrantes y a la doctora Ana María, que es su presidenta, por la invitación a participar en este evento tan interesante, que nos permite reflexionar sobre la interacción, no solamente en la jurisprudencia, sino en este caso, en la doctrina del Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil.

Por ello, quisiera sugerir unas primeras preguntas: ¿Cómo ha influido esta en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional?, y lo primero que yo quiero cuestionar, es: ¿Cuál es la razón?, la pregunta que hace Danilo, ¿por qué?, o ¿por qué acude la Corte, o por qué busca conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil?

Lo primero a lo que habría que referirnos es al marco constitucional de la función consultiva y al marco constitucional de la función de control constitucional de las leyes en general, porque eso explica, en buena medida, la razón por la cual la Corte Constitucional permanentemente consulta la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Entonces, como todos sabemos, el control de constitucionalidad es en Colombia un mecanismo de control ciudadano, que se activa en ejercicio de un derecho político de los ciudadanos. Es decir, cualquier ciudadano puede hacer ejercicio del derecho a participar en el control del poder político, y en este caso, en el control del poder de configuración del ordenamiento jurídico. Asimismo, puede plantear ante la Corte Constitucional el control de una ley que considera contraria a la Constitución, y es un mecanismo también de hacer valer la supremacía de la Constitución.

Entonces, al activar ese mecanismo que es un procedimiento esencialmente participativo, todos los demás ciudadanos pueden intervenir también, para oponerse o para coadyuvar la inconstitucionalidad que se pretende de una ley. Igualmente, en el procedimiento está previsto que la Corte Constitucional puede solicitar, no obstante —ya que se trata de un procedimiento esencialmente ciudadano para el cual hay que acreditar la calidad de ciudadano en ejercicio—, que para poder ejercer ese derecho, y también poder intervenir, no siendo el demandante, la Corte tiene la facultad de pedir el concepto de expertos, no solamente de instituciones públicas que han participado en la expedición de la norma, sino, también, de personas naturales, jurídicas nacionales o extranjeras expertas en la materia para que le aporten a la Corte conceptos sobre puntos, y que la Corte considera esenciales para la decisión que ha de tomar.

La Corte, entonces, permanentemente cita en el ejercicio del control de constitucionalidad esencialmente. Allí también, la Corte, además de invitar a rendir concepto a los expertos, acude permanentemente a una metodología que utilizamos de forma frecuente, como es la de hallarse en busca de las fuentes oficiales información, estadística, doctrina, y obviamente, asistimos permanentemente a los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, porque no la podemos invitar mediante una providencia para pedirle que intervenga.

Ahora, como le señaló el doctor Óscar Darío Amaya sobre el futuro de la función consultiva, considero que podría ser también una especie de *amicus curia*, que interviene y participa, y aporta su concepto experto y autorizado. También recurrimos permanentemente a la jurisprudencia. Entonces, la Corte establece un diálogo permanente con la jurisprudencia de las otras Altas Cortes y con la Jurisprudencia Interamericana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para sustentar sus decisiones.

Una primera razón es esa naturaleza del control de constitucionalidad, que es esencialmente participativa y deliberativa, y que su legitimidad para poder expulsar del ordenamiento jurídico una ley e, incluso, un acto legislativo en algunos eventos, y por ello debe estar debidamente fundamentada. La legitimación que no es de representación democrática, porque ninguno de los jueces constitucionales es elegidos popularmente, pues su legitimación esencialmente, además de ser elegidos por el Senado de la República, está realmente basada en cómo lo reconocen los teóricos del derecho constitucional, en la argumentación. Hay que explicar suficientemente las decisiones frente a ese debate ciudadano, sobre por qué una ley debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, de por qué es contraria a la Constitución.

Con una Constitución tan abierta y tan llena de principios, de valores y de derechos que hay que aplicar, y que no necesariamente son siempre reglas jurídicas, el alcance de los principios en las decisiones hace que las decisiones deban ser muy bien explicadas, y sustentadas; porque un principio o un valor tiene una influencia determinada en la constitucionalidad a una ley.

Por otra parte, la función consultiva, como todos sabemos, es una función de rango constitucional. Esta, además, en el diseño constitucional es atribuida a un órgano que forma parte de la Rama Judicial, aunque no es función jurisdiccional, pero forma parte de la Rama Judicial y tiene todas las características de los jueces: la autonomía, la independencia, la imparcialidad.

Luego, no es lo mismo citar por citar, pues la Corte se cuida mucho de hacerlo. Aunque no existe una norma, nosotros, por regla general, no citamos autores vivos, fuentes estadísticas o estudios particulares. La idea de garantizar la absoluta imparcialidad, y de tener argumentos que realmente puedan tener esas características, explica en buena medida, que acudamos entonces a la función consultiva. Esta tiene una función legitimadora de las decisiones de la administración. Dichas decisiones se basan en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y, por supuesto, tienen mayor legitimidad. Además, evita litigios en el futuro, en la medida en que son conceptos que, al ser producto de un ejercicio (además colegiado), le imprimen otra característica a esa doctrina. No es lo mismo el concepto de un experto que, individualmente escribe un concepto, pues es producto de una deliberación de servidores que tienen las características de un juez, con absoluta imparcialidad, que pueden entonces, aportar a la doctrina nacional.

Por otra parte, porque a partir de 1991, cuando le conferimos a la Constitución valor normativo, y carácter vinculante directamente, en nuestro derecho dejó de existir concepto jurídico, sentencia, o decisión administrativa que no sea realizada dentro del marco de la Constitución. A partir de esta, siempre habrá la obligación de todos los operadores jurídicos de aplicarla. Siempre que exista una contradicción entre la Constitución y cualquier norma jurídica, siempre hay que aplicar, y prevalece la Constitución. Por lo tanto, los conceptos de la Sala de Consulta tienen el sello de constitucionalidad en el análisis, de tal manera que yo aportaría inicialmente eso.

Doctor Danilo Rojas Betancourth – Moderador; magistrado de la Sección de Apelaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP):

Hernando Sánchez, exconsejero de la Sección Primera, la misma pregunta sobre ese impacto.



*Doctor Hernando Sánchez
Consejero de la Sección Primera*

Lo primero que debo decir es que, en el caso de la Sección Primera del Consejo de Estado, tal vez por la competencia que tiene —tratándose de todos los asuntos de los cuales no conocen las otras secciones del Consejo de Estado—, nosotros tenemos el conocimiento de los más diversos temas donde hay muchos puntos de contacto, con conceptos y criterios que adopta la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuando atiende esas preguntas, que son formuladas por el Gobierno nacional. Es así la forma en que, llevando a cabo un inventario de temas y asuntos, tradicionalmente en la Sección Primera, hemos identificado cerca de 30 temas, y muchos subtemas. Por ejemplo, en materia de propiedad industrial, en materia aduanera, ambiental, urbanística, de nacionalidad, de extradición, entre muchos otros temas.

Al hacer un examen *prima facie* de esos conceptos, hemos encontrado que esos nos han servido para fundamentar nuestras decisiones en más de 17 temas. Eso denota la afinidad que existe en el ejercicio de las competencias contenciosas de la Sección Primera del Consejo de Estado, con el ejercicio de la función consultiva de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en lo que hace relación a los aspectos temáticos.

Lo segundo que debo destacar es que cuando comenzamos a hacer este estudio, encontramos tres categorías de sentencias. Una primera en que la Sección Primera acoge los criterios de los conceptos de la Sala de Consulta, y estos se constituyen en unos fundamentos jurídicos y de otro tipo, porque aquí hay un elemento que destacar: esos criterios no solamente son jurídicos, sino que hay criterios sociales, económicos, culturales, ambientales y de todo tipo. Entonces, esos criterios nos han servido esencialmente, para fundamentar esas providencias. Cabe aclarar que esto no lo digo como a una especie de *ratio decidendi*, pero sí de una manera importante. Ahí tenemos una primera categoría de sentencias.

Una segunda categoría se compone de aquellas en las que la Sección Primera prohíbe sentencias o consideraciones expresadas en sentencias anteriores, en las cuales se acogieron criterios de los conceptos de la Sala de Consulta. Además, es destacable, porque en ese orden ya no estamos acogiendo propiamente los criterios, sino que estamos acogiendo las sentencias de la misma Sección Primera.

En una tercera categoría de sentencias, los criterios contenidos en esos conceptos sirven de marco de referencia, como una especie de *obiter dicta* para fundamentar nuestras sentencias.

Entonces, respecto a la Sección Primera, estos criterios se constituyen en las tres categorías esenciales para fundamentar nuestras provincias. Asimismo, debo decir, que llevando a cabo la *prima facie*, en ese estudio, encontramos que los 17 temas se han acogido, retenido, reproducido y hecho referencia, en más de 220 sentencias. A mi juicio, es la Sección que más ha aprovechado esos criterios contenidos en esos conceptos.

En la siguiente presentación les explico de una manera muy rápida, cómo en las diferentes sentencias proferidas por la Sección Primera, habíamos desarrollado estos criterios metodológicos y jurídicos.

Si bien, no los voy a fatigar y mucho menos molestar con la proyección, sí debo decir que, por ejemplo, en temas como el de las 17 curules de paz, se presenta una demanda contra un acto administrativo verbal expedido por el presidente del Senado de la República de Colombia, en el cual niega la remisión del Acto Legislativo n.º 1 de 2017, para su promulgación y control de constitucionalidad. Para resolver este caso, la Sección Primera siguió un criterio señalado, en el concepto del 6 de diciembre del 2017 con ponencia del honorable magistrado Germán Bula Escobar. Allí se establece un criterio sobre «la silla vacía» y la forma en que se debe determinar el *quorum* decisorio y la mayoría absoluta requerida en esos casos. Este concepto fue fundamental para la adopción de esa decisión. En este caso, estamos en la primera categoría de sentencias.

Rápidamente, también puedo mencionar otro caso relacionado con una demanda que se presenta en ejercicio de la acción de nulidad contra el Decreto 85 (1999), expedido por el Gobierno nacional, por medio del cual se modifica el estatuto aduanero. Allí, la Sección Primera va a considerar una demanda sobre una palabra, que es «practicaje», en relación con el desarrollo de la actividad de los prácticos marítimos y fluviales, que son las personas que prestan sus servicios de acompañamiento a los capitanes de las embarcaciones cuando se aproximan al puerto. En este caso, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en un concepto del 20 de abril del 2008 sobre servicio público de practicaje marítimo y fluvial, en función de la actividad de asesoría que prestan los pilotos prácticos a los capitanes de las embarcaciones, va a tener esa noción proporcionada por este concepto de referencia, para considerar que el Gobierno nacional se había excedido en la potestad reglamentaria, al regular el tema, y fue así que declaró nulo el acto administrativo. Este, por ejemplo, es un caso, donde nosotros encontramos que hay una referencia importante, y esa sentencia haría parte de la tercera categoría. Así podría seguir presentando muchas otras providencias de cómo la Sección Primera se ha enriquecido enormemente de los criterios contenidos en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en todos estos temas en los cuales hemos hablado ahora.

A manera de conclusión, debo decir que estos criterios, no solo se constituyen en unas herramientas o instrumentos muy importantes para la juridicidad, sino que enriquecen en todo sentido al Gobierno nacional. Por supuesto, con todo el respeto, guardando la independencia, a la comunidad jurídica, a la comunidad académica. Así, creo que es de mayor importancia relevar estos aspectos que no únicamente contribuyan al ejercicio de la función jurisdiccional contenciosa-administrativa, sino en general a la construcción del ordenamiento jurídico colombiano en todas estas materias.

Doctor Danilo Rojas Betancourth – Moderador; magistrado de la Sección de Apelaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP):

El consejero Hernando Sánchez ha mencionado un tema que me parece que puede ser interesante, ahora que le voy a dar la palabra a Rafael Suárez, de la Sección Segunda. En el estudio que les comentaba, esta es la Sección que tiene más datos nuevos. Sin embargo, es la Sección Segunda la que va ganando, pues es la que más ha citado en el estudio que se hizo, y es en las distintas formas de citación, por así decir, como *ratio decidendi*, como *obiter dicta*, pero, personalmente, es la que menos me gusta, y yo quisiera diferenciar el contexto de la *obiter dicta*.



*Doctor Rafael Suárez Vargas
Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado*

Según el boletín del Departamento Administrativo de la Función Pública, en la actualidad, en Colombia existen un 1.278.174 cargos públicos. Lo anterior, significa que el Estado colombiano es el principal empleador dentro de nuestra sociedad. Lógicamente esas relaciones laborales generan controversias que pueden ser agrupadas en trece núcleos temáticos: noción y clasificación de empleos, competencias y requisitos para su ejercicio, creación, supresión y fusión de empleos, formas de provisión carrera administrativa, situaciones administrativas, derechos, deberes y prohibiciones, jornada de trabajo, régimen salarial, régimen prestacional, régimen disciplinario, estímulos y distinciones, y formas de retiro; y toda esa problemática ha sido abordada de manera anticipada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Yo tuve la oportunidad de pertenecer a la Sala de Consulta del año 2000 al 2007, es decir, siete años. Allí percibí la importancia y la trascendencia de esta sala. Esta maneja una problemática actual, desde hace cuatro o cinco años, de la mano del juez contencioso. Yo le digo a mis estudiantes de derecho: si ustedes quieren conocer la problemática actual del Estado colombiano, léanse los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Ante muchos conceptos para recordar en materia laboral administrativa, quisiera referirme a tres temas: primero, el régimen prestacional de los empleados públicos; segundo, el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales a empleados víctimas del secuestro, de desaparición forzada y de desplazamiento; y tercero, la categorización o no de las autoridades indígenas como servidores públicos.

En relación con el primer tema, en el régimen prestacional de los empleados públicos, es necesario señalar que el artículo 150, numeral 19, literales E y F de la Constitución (1991), señala que corresponde al Congreso de la República expedir la ley marco a la cual debe someterse el Gobierno nacional para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos. De esta manera, el régimen prestacional de los empleados públicos, de todos, se fija de manera concurrente entre el Congreso que expide ley marco y el gobierno que reglamenta ley marco.

Lo anterior, quiere decir que ni las asambleas departamentales, ni los consejos municipales ni distritales, ni los gobernadores, ni los alcaldes, pueden fijar prestaciones sociales. Sin embargo, ¿qué ocurría?, que en Colombia las asambleas creaban prestaciones extralegales: usted se pensiona con 20 años de servicios sin consideración a la edad, o se pensiona con 50 años de edad y 17 de servicios.

Las asambleas de Magdalena, Valle, Cundinamarca, Boyacá, y, es más, en el Distrito Capital, cada vez que llegaba un alcalde, el sindicato y el alcalde suscribían un acto jurídico *sui generis*, que era un acta convenio, y en virtud de esta, el mandatario se comprometía a ser extensivas a los empleados territoriales, prestaciones sociales de los trabajadores oficiales.

Cuando llegó a la alcaldía el doctor Antanas Mockus, se encuentra con este desorden, un caos normativo, que era generalizado en todos los 32 departamentos, 1.102 municipios y 8 distritos que tiene el país. Fue a través del ministro del Interior que formuló una consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil. De esta manera, la Sala se pronuncia a través de la Consulta 1393 (2002), y allí se hace una clarificación sobre la competencia para establecer prestaciones sociales a la luz de la Constitución de 1886, que correspondía al Congreso, y excepcionalmente por vía de facultades extraordinarias, al presidente de la República. Asimismo, fija la competencia, a la luz de las nítidas normas del artículo 150, numeral 19 de la Constitución de 1991 y de los artículos 313, 305 y 315, para concluir lo que hemos señalado.

Así todo, la Sala de Consulta procedió a hacer un catálogo de las prestaciones sociales del orden nacional y un catálogo de las prestaciones sociales del orden territorial. Concluyó que, frente a esos actos jurídicos atípicos, las ordenanzas y esos acuerdos extralegales, la administración debería inaplicarlos. A los pocos meses, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1919 de 2002, amparado básicamente, en ese concepto de la Sala de Consulta, así como el 1393, que dio por terminada toda la conflictividad que había en materia prestacional en el país. Ese pronunciamiento de la Sala de Consulta se vio reflejado en el seno de la administración, de los 353 juzgados administrativos, de los 181 magistrados de los 26 tribunales administrativos y del Consejo de Estado. Ese solo pronunciamiento puso término a esta problemática.

Otro tema importante es el de los pagos de salario y prestaciones sociales a empleados víctimas del secuestro, desaparición forzada y desplazamiento. Recordemos que, en la década de los ochenta, la delincuencia empieza a incrementar estos tipos de delitos. Respecto a ello, se le preguntó al Consejo de Estado si el empleado secuestrado y su familia tenían derecho al pago de salarios y prestaciones sociales.

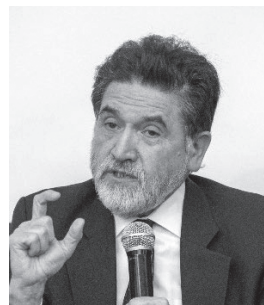
El Consejo de Estado hizo un estudio preliminar y no encontró norma que faculte al empleador para reconocer salarios y prestaciones, pero halló un principio fundamental que

fue de solidaridad. Con base en el principio de solidaridad, el Consejo de Estado dice que sí hay lugar al reconocimiento y pago de salarios, pero ¿a través de qué vía? Si no había acción contenciosa, entonces se dijo que era a través de la acción de tutela que tiene un carácter residual y subsidiario, y por eso, la Corte Constitucional se pronunció, y fue en la misma línea de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Ello hizo que el legislador tomara un papel activo, y que dijera que iba a luchar contra este grave flagelo que afecta a la sociedad colombiana, no solamente incrementando las penas, sino brindándole a la familia del empleado secuestrado y al empleado, un mínimo alivio. Asimismo, dentro de las grandes preocupaciones que tiene la persona que está en cautiverio es ver desprovista su familia del sustento, para pagar colegios, servicios, alimentación, etcétera. Por esta razón, se expidió la Ley 282 (1996), reglamentada por el Decreto 1923 (1996). Sin embargo, había lagunas y dudas sobre el tratamiento de la desaparición forzada, por eso la Ley 589 (2000), que tipificó los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, reza que se tendría derecho hasta por dos años, y para el secuestro se estableció un término de cinco años. Por ello, fue necesario que el legislador tomara papel activo y se inspiró en todos los conceptos que había emitido la Sala de Consulta (Conceptos 1501, 1413, 1428), para ordenar el reconocimiento de salarios y prestaciones a empleados secuestrados, víctimas de desaparición forzada y desplazados.

Doctor Danilo Rojas Betancourth – Moderador; magistrado de la Sección de Apelaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP):

Además de la prodigiosa memoria que tiene Rafael, que siempre me ha impresionado, quiero destacar un aspecto que igualmente señaló el doctor Amaya: el carácter fresco que tiene la doctrina de la Sala de Consulta, y que, creo que es una particularidad interesante a la hora de las citas que se pueden hacer. Julio Roberto Piza, quien acaba de cumplir su tarea en el Consejo de Estado, y estuvo contribuyendo allí en la Sala de Impuestos, ¿cómo está ese balance doctor Piza, en materia de cita de la Sala de Consulta?



*Julio Roberto Piza Rodríguez
Exconsejero de la Sección Cuarta del Consejo de Estado*

Tengo el honor de representar, en mi condición de nuevo exmagistrado a la Sección Cuarta, y para responder a las preguntas, voy a contar cuatro casos:

El primer caso que refiere a una contribución de obra pública que se establece sobre los contratos celebrados por entidades oficiales. Allí, le preguntan a la DIAN —que tiene la facultad de administrar estos impuestos—, sobre este impuesto de obra pública, si las empresas de servicios públicos domiciliarios, que por la Ley 142 (1994) están sujetas al régimen privado, deben efectuar la retención en la fuente cuando hacen pagos por cuenta de los contratos de obra.

Los dos conceptos de la DIAN dicen que sí, y que están obligadas a hacer retención en la fuente, porque se causa la contribución de obra pública. El argumento central es porque el hecho generador estaba dado por el carácter del contrato, que es de obra pública, y por la naturaleza de la entidad, que es pública. El argumento de las entidades es que ellas no estaban sujetas a la ley de contratación pública, o la Ley 80 (1993), y por cuenta de esa razón, no estaban sujetas a la contribución. Así, esas entidades demandan el concepto.

Las dos decisiones dictadas son del año 2013 de la Sección Cuarta, y estas se fundamentan justamente en un concepto de la Sala de Consulta del año 2011 y 2012, que dice que, el criterio no era el régimen contractual sujeto de la entidad, sino dos características: (i) el elemento

objetivo, que sea contrato de obra, y (ii) el elemento subjetivo, que quien contrata sea una entidad pública.

Así, esas dos decisiones de la Sección Cuarta en acciones de nulidad simple contra los conceptos de la DIAN, en realidad, son el argumento sobre el cual toma la decisión, sería un ejemplo típico de respetar una decisión ya analizada por la Sala de Consulta, la cual sirve para la decisión de mantener la legalidad de esos dos conceptos.

El segundo caso es sobre cómo se dieron tres conceptos de la Sala de Consulta. El primero era de competencia negativa, porque en la Ley 100 (1993) se creó un impuesto contra las armas y las municiones con destino a la seguridad social. Entonces, Indumil, entidad adscrita al Ministerio de Defensa, la cual se encarga de vender las armas y las municiones, cuando vende, factura esos productos, como cualquier empresa industrial y comercial del Estado. De esta forma, se planteó que el conflicto entre sí era del Ministerio de Salud, a quien van destinados los recursos, o si era Indumil quien ejercía el acto de venta. El primer concepto dice que la competencia es del sujeto activo, es decir, la DIAN, y lo es porque hay una competencia residual en esta entidad, como principal administradora de los impuestos más relevantes. Así, en el primer concepto se definió quién era el sujeto activo. La segunda decisión, muchas veces planteaba que, ante la duda de si se causaba o no el impuesto, aparecía otra sobre cómo funcionaba el impuesto.

El segundo concepto de la Sala de Consulta en el mismo año es quién tiene la facultad de interpretar esas decisiones. Igualmente, en esa competencia se definió que era la DIAN, la entidad que resuelve las consultas.

La tercera, y la más interesante, porque en realidad muchas entidades que compraban armas y municiones consideraban que cuando compraban, la base gravable sobre la cual le liquidaban el impuesto no era correcta, porque muchas veces, aparte de vender el arma, hay otras cuestiones que facturan como, por ejemplo, el experto que tiene que activar la munición, etcétera. Entonces se preguntaban, ¿y ante quién pedimos la devolución del impuesto? Porque evidentemente, compraban el arma y en la venta está incluido el impuesto, y que es típico que el impuesto esté incorporado en el precio, un impuesto al consumo. Entonces, esa es la decisión final porque dice que quien tiene la competencia para la devolución es la DIAN, por ser el sujeto activo.

Esos son los tres conceptos. Entonces, el caso concreto es que, antes de que se definiera esa situación de competencia, las personas simplemente compraban el arma, y no tenían una factura. Entonces, ¿qué hacían?, ¿ante quién demandaban?, ¿o ante qué autoridad administrativa podían reclamar? No estaba clara la competencia después de la decisión de la DIAN, porque acogió el concepto mediante una resolución, en la que definió que ellos tenían tanto la función consultiva, como la función de devolución. Así, a partir de ahí, es muy claro y no hay conflictos. El problema era las facturas emitidas antes de que la de la Sala de Consulta resolviera esos conflictos. Entonces, la decisión de la Sección Cuarta fue admitir que, en esos casos, dado que había esa incertidumbre, se podía aceptar una demanda sin decisión previa.

De esta manera, digamos que, de alguna forma, está claro que se resolvió un problema de competencia sobre ese punto; el tercer caso, es uno en el cual, de pronto no hay conexión, es un concepto viejo del 2005 sobre situaciones jurídicas consolidadas, que se refiere a lo siguiente: en Cali un acuerdo crea un impuesto a los teléfonos, que se demanda y se anula por la Sección Cuarta. Entonces, la cuestión es, quien ha pagado, ¿tiene derecho a la devolución?, y si es afirmativo, ¿desde cuándo tiene derecho a la devolución? El concepto de la Sala de Consulta dice que la sentencia es el acto que origina el derecho legítimo a pedir la devolución, y que se debe contar desde la ejecutoria de la sentencia, en el año 2005. Esta decisión tuvo un salvamento de voto de uno de los consejeros, quien señaló que el acto desde el comienzo es legítimo y, por tanto, debe ser la fecha del pago la manera de contar los cinco años.

La Sala, en la Sección Cuarta, siempre ha tenido una decisión muy relevante en el sentido de decir que es la fecha del pago y no la fecha de la sentencia, y realmente, lo ha hecho considerando el impacto fiscal que pudiese generar este tipo de situaciones. Digamos que se acoge un poco el salvamento de voto, y es un criterio unificado y uniforme.

Así, Danilo preguntaría, y más a los colegas de la Sala de Consulta, si un concepto de hace 17 años, estaba en contravía de lo que dice la Sección Cuarta de manera unánime. Entonces, ¿qué tanto la Sala de Consulta debe considerar las decisiones de la sala especializada para ser consistente como corporación?

El último caso es muy reciente para prevenir conflictos. Allí se le consulta a la Sala sobre cuál es la contribución de obra que se causa por el efecto de contratos de obra cuando el contratante es una entidad pública, una estampilla pro Universidad Nacional. Así, el Ministerio de Vivienda, aunque tenga muchas construcciones para la vivienda de interés público, usa un patrimonio autónomo. En este caso, quien suscribe el contrato es la sociedad fiduciaria que administra el patrimonio autónomo. Así, la filosofía detrás de esto es clara: se busca grabar la ejecución de un presupuesto público. Sin embargo, la forma como lo hace el concepto de la Sala no se causa con un criterio exegético, es decir, el contratante no es la entidad pública, sino es la sociedad fiduciaria. Esta perspectiva es muy reciente. Por ello, en el futuro cuando lleguen esos casos a los colegas de la Sección Cuarta deberán evaluar qué tanto aceptan la tesis de la Sala de Consulta.

Doctor Danilo Rojas Betancourth – Moderador; magistrado de la Sección de Apelaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP):

Me dejó un abre bocas, que se la voy a lanzar al final del tema de la coherencia de la jurisprudencia al interior del Consejo de Estado. Especialmente, cuando se produce la disparidad de opiniones entre lo que dice la Sala de Consulta. Sin embargo, eso se va a dejar a Pedro Pablo, porque primero le daré la palabra a Ramiro Pasos, exvicepresidente del Consejo de Estado y colega de la Sección Tercera donde, igualmente, se hacían citas que son referencias a los conceptos de Sala de Consulta.



Ramiro Pazos Guerrero
Exconsejero de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Voy a contar un caso curioso del año pasado. Nos llegó una tutela: el antecedente es que un ciudadano dirige un derecho de petición a la Sala de Consulta formulándole un temario bastante juicioso sobre temas jurídicos en un formato de consulta. Desde luego, la Sala negó la solución de la consulta diciendo que, un ciudadano no tiene legitimidad, pues no puede acudir directamente a la Sala de Consulta, en el ejercicio de la función consultiva, porque esto está reservado al alto Gobierno nacional. Este ciudadano formula una tutela contra la Sala de Consulta, y ese caso nos llega a nosotros.

Cuando vimos la demanda —la cual era bastante juiciosa y con una argumentación—, notamos que destacó la importancia histórica que en el desarrollo institucional ha tenido la Sala de Consulta, y se consideraba que esa posibilidad de consultar debía ser abierta a todos los ciudadanos. En consecuencia, el análisis que nosotros hicimos permitió llegar a la conclusión de que tenía toda la razón, pero no se encontró el artículo para tutelar. Por ello, se le explicó al ciudadano que el ordenamiento jurídico colombiano no lo permite. Sin embargo, como ya el doctor Amaya lo había señalado, se le puede dar la vuelta a través de algún alto funcionario del gobierno, si a bien lo tiene, sugerirle acoger este cuestionario y que este se formule allí.

Lastimosamente tuvimos que negar la tutela, y esta no fue revisada por la Corte Constitucional. Hubiera sido un caso interesante, como para significar que, sin duda alguna, los conceptos que de tiempo atrás viene emitiendo Sala de Consulta, no solamente han tenido un gran impacto en las decisiones judiciales, sino que también son estudiados y analizados por la ciudadanía, y de tal manera, yo encontraría, tratando de responder la pregunta muy pertinente que hace el doctor Danilo, al

menos cinco razones por las cuales los conceptos de la Sala de Consulta tienen un importante efecto en la toma de decisiones:

En primer lugar, desde el punto de vista dogmático, en muchos casos, los conceptos son acogidos, entonces, ¿por qué desde el punto de vista jurisprudencial no?, es la primera oportunidad para que la Sección Tercera, en materia contractual, especialmente se pronuncie y, en consecuencia, encuentre juiciosos conceptos dogmáticos.

En segundo lugar, la labor que tiene la Sala de Consulta es eminentemente hermenéutica; es el análisis abstracto de las normas y, en consecuencia, en muchos casos, ilustra el ámbito de aplicación de una norma en el tiempo. Las aparentes lagunas o contradicciones normativas que pueden existir y, especialmente, los casos en los cuales, por ejemplo, en materia contractual pueden iniciarse con una determinada normatividad, en el transcurso cambian la normatividad y luego culminan en otra; entonces hay fenómenos interesantes.

Otro criterio es el histórico, que me parece importante. En muchos conceptos encontramos que, no solamente la Sala de Consulta responde de forma muy concreta al cuestionamiento que hace el Gobierno nacional, sino que para contestar a esa pregunta hace todo un análisis histórico de lo que podemos denominar la historia de las instituciones jurídicas, y eso da una visión mucho más global e interesante y que aporta datos relevantes.

Por otra parte, está el posicionamiento específico, ¿qué significa?, que cuando el Gobierno hace preguntas concretas implica que la Sala de Consulta responda a esas cuestiones en forma específica, y, en consecuencia, ¿qué es lo que está haciendo? En ese momento está tomando posición frente a una discusión que puede ser álgida desde el punto de vista interpretativo y genético. Como resultado, se casa con una determinada posición y la defiende, eso para un juez es muy importante.

El otro criterio que quería señalar es el carácter altamente especializado. Indudablemente, se trata de una sala que conoce el derecho público, y que no se da cuenta de que los conceptos son tan juiciosos, que no solamente invocan el derecho nacional, sino que también a veces tiene la oportunidad de hacer referencia al derecho comparado, de tal manera que eso le ha conferido una alta legitimidad.

Bueno, yo hice una revisión juiciosa de los últimos 22 años de jurisprudencia de la Sección Tercera, ¿qué encontré?, antes del 2000 era muy escasa la cita de conceptos en la jurisprudencia de la Sección Tercera. A partir del 2000, curiosamente se da un fenómeno que, paulatinamente y un poco de forma tímida, comienza a citarse en temas especialmente contractuales; temas que tienen que ver en materia procesal con vigencia de la ley en el tiempo. A partir del 2012 este fenómeno se dispara, y pude encontrar que, solamente en materia contractual, quizá es lo más relevante. Al menos ahí sí le ganó a la Sección Primera que, según entiendo, encontró como 200 sentencias.

Acá nosotros encontramos un poco más de 100 temas, muy específicos en relación con distintos desarrollos normativos que tienen que ver, ¿y por qué la importancia? Resulta que, a veces, cuando los conflictos llegan al juez ya han pasado muchos años, y lo paradójico es que la gran ventaja que tiene la Sala de Consulta, es que tiene la oportunidad de pronunciarse a tiempo, casi en caliente cuando sale la normatividad. Así produce un análisis y un alcance normativo.

Doctor Danilo Rojas Betancourth – Moderador; magistrado de la Sección de Apelaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP):

El plato fuerte viene ahora con Pedro Pablo Vanegas, que es el consejero más recientemente vinculado de este grupo. Una de las cosas que voy a aprovechar con él, es, primero, como viene de la academia —la misma casa aquí de nuestro ministro que nos acompaña, el doctor Osuna—, para escuchar su aporte en el punto que ya había propuesto Julio, y yo creo que, sin perjuicio de que quiera referirse, por supuesto, a las otras preguntas hechas. En mi criterio, sé que hay un tema que Julio mencionó y que es el más interesante y controversial, y por ello, es muy bueno que lo cierre Pedro por dos razones: primero, porque una controversia concreta que ha habido entre los conceptos de la Sala de Consulta y la Contenciosa ha sido en materia electoral, y pues él es de la Sala Electoral, quien conoce bien de lo que se trata; y segundo, no estuvo en esa pelea, entonces puede tomarlo con cierta perspectiva y con cierta distancia.



*Pedro Pablo Vanegas Gil
Presidente de la Sección Quinta del Consejo de Estado*

Yo creo que la pregunta inicial sobre el impacto que tienen los conceptos en la Sala de Consulta, en lo contencioso, tendría que analizarla desde distintas ópticas. Una posible primera respuesta, diríamos es el impacto, y lo escuchaba esta mañana sobre cuántos conceptos desde el Consejo de Estado terminan siendo atendidos por la administración o por los jueces. Aquí, escuchaba yo a mis compañeros consejeros y exconsejeros, ¿cuántas veces la Sala Contenciosa en su sentencia, cita, acoge o sigue la línea de los conceptos?

También puede haber otra línea, pues no necesariamente por cuánto se acogen, sino la propia función consultiva del Consejo de Estado. Yo creo que es el mayor relieve que le podemos dar a nuestra Sala de Consulta en doscientos años de vida republicana, pues es que el impacto no puede ser medido solamente en cuántas veces seguimos la línea que nos da la Sala de Consulta, sino también, cuántas veces hay una diferencia, con la Sala de Consulta, entendida esta diferencia en el pensamiento. Creo que ese es el tema más relevante, especialmente, en lo que tiene que ver con la función contencioso-administrativa.

El doctor Piza planteaba el ejercicio del otro lado. Vamos a ver si, de pronto, nos animamos en la Sala Contenciosa para hacer un mismo estudio como lo hizo la Sala de Consulta, ¿cuántas veces la Sala de Consulta, consulta u oye a la Sala Contencioso-Administrativa?, ¿cierto?, que en ocasiones

también hace falta. Yo creo que ese diálogo entre las dos salas sí que nos hace falta, para también ser mucho más constructivos, más propositivos. Creo también que eso tiene que ver con un tema, que eventualmente pueda entrañar algo de seguridad jurídica. Sin embargo, separarse de un concepto de la Sala de Consulta no tendría por qué afectar o molestar al órgano consultivo porque la tarea que hacen es magistral, elaborar doctrina. Considero que ahí ya hay un punto de referencia, y yo creo que en materia electoral sí que ha servido la labor que tiene la Sala de Consulta.

Entre otras cosas, lo anterior se debe a que nosotros no tenemos en nuestro país una vasta doctrina en materia electoral. Nosotros no es que vayamos a las librerías y encontremos manuales, tratados, cursos de derecho electoral como sí podemos encontrar en España. Aquí es más bien escasa la doctrina en materia electoral, y por eso, me parece que la labor que ha hecho la Sala de Consulta ha sido extraordinaria en temas electorales, de residencia electoral, de inhabilidades, de inscripción de candidatos. Con independencia de que, eventualmente, la Sala de asuntos electorales de lo contencioso pueda separarse, porque, además, el tener ese punto de referencia es el que facilita precisamente el diálogo, es decir, ya la Sala de Consulta ha dicho esto, pero es posible que nosotros no coincidamos con esa postura. Pero el solo hecho de tener ese concepto ya es ganancia para la sala.

Creo que ese tendría que ser, doctor Danilo, la otra reflexión, ojalá si nos vuelven a invitar a la siguiente jornada internacional, no sé si en Luxemburgo, señor vicepresidente. Ese es un tema muy relevante.

Yo también hice la tarea, pero nuestra Sala de asuntos electorales, no en todos los casos, se separa o tiene una postura distinta. En varias sentencias, por ejemplo, del año pasado, respecto a la residencia electoral —a propósito de la nulidad de la elección de un alcalde o en lo que tiene que ver con la diferencia entre experiencia relacionada y experiencia específica— ha sido valiosísimo los conceptos de la Sala de Consulta; o las similitudes o diferencias entre la convocatoria pública y el concurso de mérito. Qué no decir, de la forma de elegir los contralores territoriales donde hemos acogido precisamente los conceptos de la Sala de Consulta.

Doctor Danilo Rojas Betancourth – Moderador; magistrado de la Sección de Apelaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP):

Estoy totalmente de acuerdo en continuar este debate con los mismos panelistas, además para darle coherencia y seguimiento. Dos conclusiones rápidamente —no sin antes agradecerle a los panelistas su generosidad con sus opiniones y su lucidez—; la primera, es que creo que se necesita definitivamente un diálogo de, ya no solamente es asimétrico, sino simétrico, como lo han planteado varios doctores; asimismo, queda una tarea para el siguiente tomo, de cómo la Sala de Consulta ha ido haciendo citas de Contencioso y de la jurisprudencia que, en efecto ocurre, pues yo creo que es interesante. El segundo, doctor Bula, esto que se ha dicho acá de la importancia de los conceptos de la Sala de Consulta de la eficacia de los conceptos en *ratio decidendi*, en contexto y aún en obiter dicta, debería volver a llevar a pensar al Consejo de Estado, en ese debate que han tenido y que vale la pena seguir teniendo sobre la contribución que pueden hacer los miembros de la Sala de Consulta como conjuces de la Sala Contenciosa.



Doctor Germán Alberto Bula Escobar
Expresidente del Consejo de Estado de Colombia

Un abogado, dos conceptos: el que dice y el que lo pellizca. Dos abogados se van volviendo exponencial, entonces, en el caso de la Sección Quinta porque este panel merece una memoria especial. También la Sala Plena Contenciosa difiere de las salas de sección, y ese es el caso específico que tuvimos, una diferencia entre la Quinta y la Sala de Consulta, y cuando llegó a la Plena estábamos como con Brasil vs. Serbia, ¿no?, la Plena le dio la razón a la Sala de Consulta y estábamos muy contentos, pero eso es lo que significa en derecho, ¿sí?, lo que dice el doctor Pedro Pablo, lo que dijo Julio Roberto, etcétera, es la manera natural de operar, y creo que nos dan una lección Luxemburgo, Francia y España, en el sentido de que la fertilización cruzada es algo a lo que no hay que tenerle temor, existe y podría potenciarse en las palabras de nuestro magistrado de la JEP, si la JEP le dice a uno «deténgase», uno se tiene que detener.

Panel: impacto de la función consultiva en la buena marcha de la administración pública

Se analizará la importancia e incidencia de la función consultiva en el adecuado y eficiente funcionamiento de la administración pública colombiana, mediante la emisión de conceptos que, a solicitud del Gobierno nacional, elabora la Sala de Consulta y Servicio Civil de Colombia, en relación con diferentes problemas jurídicos que se plantean dentro de la administración pública.

Estará moderado por el doctor Germán Alberto Bula Escobar, expresidente del Consejo de Estado colombiano y también exmagistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación. Para desarrollar esta interesante discusión, contamos con la presencia de los siguientes panelistas: el doctor Néstor Iván Osuna Patiño, ministro de Justicia y del Derecho; Vladimir Fernández Andrade, secretario jurídico de la presidencia; Martha Lucía Zamora Ávila, directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Civil.

Germán Alberto Bula Escobar
Expresidente del Consejo de Estado de Colombia

Señor ministro, la pregunta que usted conoce bastante bien, porque viene bien preparado, es sobre la influencia de los conceptos o de la función consultiva en la marcha.



Doctor Néstor Iván Osuna Patiño
Ministro de Justicia y del Derecho

Les diría que, para todo gobierno es invaluable contar con el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil en aquellos temas que quiera consultar; y creo que es esencial o es importantísimo que esos conceptos que rinde la Sala de Consulta y Servicio Civil, que conocemos desde que éramos estudiantes de Derecho, porque forman parte de la doctrina nacional, no sean vinculantes; si fueran vinculantes, seguramente tendrían otro talante, a ciencia cierta los gobiernos serían reticentes a solicitarlos, sería una coadministración que no tendría mucho sentido, pero el hecho de que no sean vinculantes, hace que sean enormemente tenidos en cuenta porque es un criterio juicioso, sabio, científico, jurídico, desinteresado y expresado por un órgano independiente integrado por juristas

siempre de las más extensas calidades que tienen la voluntad de auxiliar al Gobierno nacional en algún tema que tiene una dificultad, una complejidad jurídica que amerita esa consulta.

Así que son de enorme utilidad, siempre lo han sido, lo seguirán siendo, incluso hasta los tres meses de este gobierno no conozco ningún concepto que no se hubiera tenido en cuenta. Sin embargo, históricamente ha habido conceptos del Consejo de Estado que el gobierno de turno no ha seguido, y es muy importante también contar con ese criterio porque son argumentos sólidos frente a los cuales, si el gobierno se va a apartar, pues, le implican una mayor reflexión, una motivación más rigurosa de sus actuaciones y, sobre todo, un replanteamiento de aquello que tuviera pensado.

Dicho lo anterior, quisiera mencionar tres casos recientes muy exitosos, no de este gobierno, pero de conceptos del Consejo de Estado que han servido para destrabar en algunos casos, políticas públicas y asuntos de legislación que tenían una enorme complejidad, y también, para colaborar en un sentido muy importante de construcción del Estado de derecho. El último, este tercer ejemplo que dejaré al final, en el cual desde el Ministerio de Justicia que ahora está a mi cargo, queremos continuar con esa labor de acudir al Consejo de Estado.

El primer caso al que me quiero referir es un concepto del 28 de noviembre del año 2016 en el que el Consejo de Estado le conceptuó al Gobierno nacional que el Congreso de la República sí podía ratificar el Acuerdo de Paz del Teatro Colón.

Después de la derrota del plebiscito por la paz, ante esa encrucijada en la que se veía el gobierno, de haber renegociado el proceso de paz, y no tener la claridad de cómo darle una forma de ratificación, acudió al Consejo de Estado, y en un concepto de una filigrana democrática exquisita, el Consejo de Estado dio luces sobre la posibilidad de que fuera el Congreso de la República como órgano representativo de la soberanía nacional, el que si a bien lo tuviera, ratificara esos acuerdos de paz, como efectivamente ocurrió. Además, gracias al Acuerdo de Paz se pudo implementar, desarrollar y luego de las vicisitudes de los cuatro años pasados, pues, sigue nuevamente en proceso fuerte de implementación y desarrollo.

El segundo más reciente, tiene que ver con estragos de la pandemia, y también con el cumplimiento de las funciones de uno de los órganos creados precisamente en el Acuerdo de Paz. Me refiero a la comisión de la verdad, cuyo término de duración había sido previsto inicialmente con una cierta fijeza y fruto de la pandemia de alguna estrechez presupuestal de falta de voluntad política; iba a terminar sus funciones sin poder difundir sus resultados. De nuevo el Consejo de Estado, concepto de 20 de mayo del año 2021 le ilustró al gobierno sobre la necesidad, la conveniencia de ajustar el calendario de actividades de la Comisión de la Verdad, de modo tal que pudiera difundir y presentar los resultados de su labor, de sus años y también que, presupuestalmente tuviera la posibilidad de difundir esos resultados.

Fíjense ustedes, el informe de la Comisión de la Verdad ha sido algo histórico para este país, con la difusión que ha tenido sus lecciones. Hay una parte importante del actual programa de gobierno que está tomado del informe de la Comisión de la Verdad, pues, gracias al Consejo de Estado se destrabó en época del gobierno anterior esa posibilidad de difundir el informe final de la Comisión de la Verdad, que, de otra manera, seguramente habría quedado en los anaqueles sin posibilidad de difusión.

Esos son los dos conceptos, debo decirlo ahora, ambos con ponencia de quien está a mi derecha, del doctor Germán Bula. Así que, muchas gracias por esos dos conceptos.

El último caso al que me quería referir, porque es un concepto que seguirá siendo reiterado y porque seguiremos solicitando, es sobre un proyecto muy importante que el Ministerio de Justicia ha venido desarrollando desde hace varios años, es un proyecto de depuración normativa. Desde el año 2014 se inició una actividad que parece discreta, pero es titánica, de depuración del ordenamiento jurídico. Inicialmente la labor fue determinar qué disposiciones legales aprobadas por el Congreso de Colombia, desde el año 1864, época desde que se inauguró la publicación del Diario Oficial hasta la fecha, conservaban realmente vigencia o habían sido derogadas, sin que se hubiera advertido o eran contradictorias con otras disposiciones.

Imagínese a lo largo de más de 150 cincuenta años para lograr ese cometido, se le consultó al Consejo de Estado sobre la metodología de depuración, ¿cómo determinar cuándo una norma sobre la que no había completa claridad debería considerarse derogada?, ¿debería considerarse armónica con una posterior?, ¿qué normas a pesar de estar vigentes habían caído en absoluto desuso?, y por lo tanto, aunque no estaban derogadas convenía derogarlas sin que hubiera ningún traumatismo de afectar derechos subjetivos o de afectar alguna situación de algunas personas.

El concepto del 2 de diciembre de 2015, con ponencia del consejero William Zambrano Cetina, le otorgó al Gobierno nacional esos criterios, y cómo hacer esa depuración normativa, cosa con la cual el Ministerio de Justicia de la época siguió trabajando. Fruto de ello es la Ley 2085 (2021), que derogó 7.000 disposiciones y 7.000 artículos normativos que estaban establecidos en más de 708 normas legales que se habían venido produciendo en Colombia desde el año 1864. Es una labor muy importante de seguridad jurídica, de modernización, casi uno podría decir ahí hay un pequeño esfuerzo de codificación contemporáneo.

Ha habido también en gobiernos anteriores, estos intentos de compilación de normativa administrativa por sectores de la Administración; esos criterios también se han tenido en cuenta, y actualmente, en el Ministerio de Justicia estamos interesados en prestarle ese auxilio de depuración normativa a entidades territoriales. Tenemos ya una experiencia avanzada con la alcaldía de Medellín a la que le vamos a prestar ese servicio de depuración de la normativa de Medellín, tanto de su consejo municipal como de la alcaldía desde 1987 en adelante. También la asamblea departamental del Valle del Cauca nos ha presentado una solicitud de depuración normativa de sus normas locales, y para ello, acudiremos de nuevo al Consejo de Estado, a preguntarle si esa metodología elaborada en el año 2015, pensada en la normativa nacional, también pudiera ser aplicable a esta normativa local, si el trabajo que hemos venido haciendo les parece jurídicamente válido, si sugieren alguna corrección, para finalmente proponerle al consejo de Medellín, a la asamblea del Valle del Cauca los proyectos de ordenanza o proyectos de acuerdo para su depuración normativa, y así seguiremos con otras entidades territoriales que quieran desarrollar esa actividad.

Por supuesto, con una depuración nacional normativa que es una labor que debe ser permanente, no con un congreso del que ahora somos muy amigos, pero un congreso que produce tantas normas, a veces con unos criterios que no son los más técnicos, pues está muy bien contar, tanto el gobierno como el poder judicial, mirando ¿cómo le damos coherencia a esto?, ¿cómo vamos mirando, ¿cómo depurar el ordenamiento jurídico sin afectar derechos adquiridos?, sin afectar

situaciones consolidadas, sin que se vuelva un legislador técnico, sino simplemente un trabajo técnico de aseguramiento de la seguridad jurídica del Estado de derecho.

Muchas gracias a la Sala de Consulta y Servicio Civil, que históricamente ha cumplido esa función, que la sigue cumpliendo y que nos resulta de enorme utilidad. Llegar al despacho del ministerio y saber que ahí está el teléfono y que, ante cualquier eventualidad, uno puede llamar al Consejo de Estado y pedir auxilio con criterio, siempre es grato, a veces, con tantas afujías que se presentan en estos cargos. Así que, muchas gracias, doctor.

Doctor Germán Alberto Bula Escobar
Expresidente del Consejo de Estado de Colombia

Bueno, quiero agradecerle al ministro, pero también quisiera formular una pregunta que el ministro respondería al final, y no sé si puede ser abordada en las intervenciones de los otros dos panelistas. Nosotros nos preguntamos a veces, ¿por qué pregunta el Gobierno?, ¿por qué?, ¿y para qué? No voy a hacer una taxonomía, pero a veces preguntan para quitarse las “ías” (entes de control) de encima; bueno, los extranjeros no entienden, pero yo se lo voy a explicar rápido: la Procuraduría y la Contraloría. Por ello, surge la pregunta y para ello me apoyo en la Sala de Consulta, las “ías”, no son a veces los sindicatos, a sectores de opinión pública, etcétera. Es decir, preguntarle a la Sala y tener un concepto de la Sala es un buen punto.

En otras ocasiones preguntan porque tienen opiniones diversas, dos o más. Como decía hace un rato, incluso de consultores jurídicos privados que han contratado a la firma tal y la firma tal, y cada una dice algo distinto, dicen: bueno, vámonos a la Sala de Consulta. Luego de eso tenemos un problema, y es que nos van a decir, ¿por qué no se apoyó en el otro concepto sino en el de tal oficina?, en otras ocasiones se crean dificultades por la mala calidad legislativa o la mala calidad normativa en general. Todo lo que evita el Consejo de Estado de Luxemburgo, de Francia y de España, que podría ser evitado en Colombia también, si no fuera por las normas mal redactadas; si no las entienden los letrados del Consejo de Estado, ¿cómo se pretende que las entienda la opinión pública? Por favor, aclare.

En otras ocasiones la consulta es mucho más plana y profesional, y quiero poner un ejemplo del Ministerio de Transporte en el Gobierno pasado. El ministerio preguntó mucho en el Consejo de la Sala de Consulta, y las preguntas eran muy precisas, es decir, no había ninguna de estas circunstancias, sino simplemente presentaban un problema y eran preguntas muy bien formuladas.

También las consultas a veces están mal expuestas, rápidamente, y otras veces están muy bien, por ejemplo, como lo exige el Consejo de Estado francés, que exige que las cosas lleguen bien trabajadas a Consejo de Estado.

Entonces la pregunta para ir pensando, decir: ¿Cuál sería la razón para?, ¿por qué?, ¿y para qué?, ¿qué interrogante debería hacerle el Gobierno a la Sala de Consulta?



Doctora Martha Lucía Zamora Ávila (Texto conferencia)
Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Civil.*

Impacto de la función consultiva en la buena marcha de la administración pública

El Consejo de Estado colombiano en sus 205 años de historia ha contribuido a la consolidación del Estado de derecho, entre otras formas, a través del cumplimiento de tres funciones: (i) la función consultiva, a partir de la emisión de conceptos sobre temas generales o particulares solicitados por el Gobierno nacional en asuntos de administración pública; (ii) la función jurisdiccional, como juez de legalidad y de constitucionalidad, mediante la cual controla la actuación de la administración; y como lo menciona Rodríguez (2011), (iii) la función co-legislativa⁸, por la cual tiene competencia para presentar proyectos de ley ante el Congreso de la República (p. 291).

Sin perder de vista las funciones co-legislativa y jurisdiccional, el presente escrito se centrará en resaltar la importancia de la **función consultiva**, porque a través de ella el Consejo de Estado colombiano contribuye a la buena marcha de la administración pública y a la prevención de la litigiosidad en el país. Con ese objetivo, en este escrito reseñaré brevemente el origen de la función consultiva, resaltaré la incidencia de esta función en la protección del derecho a la buena administración pública y, finalmente, destacaré cómo la prevención de la litigiosidad se conecta de manera directa con la misionalidad de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Para iniciar, vale la pena recordar que el origen del Consejo de Estado se remonta al año 1817 con la expedición del Decreto del 30 de octubre de esa anualidad, por parte del entonces

• • • • •

8 *Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de especialización en Derecho Penal y Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma Universidad. Actualmente, se desempeña como Directora General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ha sido fiscal general de la Nación (e), vicesfiscal, fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia, procuradora delegada ante la Corte Suprema de Justicia y magistrada auxiliar en la Corte Constitucional y en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Su recorrido inició como secretaria de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, cargo que le permitió conocer los pormenores del nacimiento de la Fiscalía, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y otras instituciones creadas en la nueva Constitución.

presidente, el Libertador Simón Bolívar. Su función principal fue la de órgano de consulta, apoyo y asesoría al jefe de Estado y sus atribuciones consistían en «[...] preparar, discutir y elaborar leyes, decretos, instrucciones, decisiones y cualquier otra medida que considerara necesaria para el buen gobierno de la incipiente República» (Consejo de Estado, 2018, pp. XLVII, XLIX). En esa medida, de las tres funciones mencionadas, la consultiva y la co-legislativa fueron las primeras que tuvo el entonces Consejo Provisional de Estado, que fue el nombre que se le dio inicialmente a la corporación⁹.

En la actualidad, estas dos funciones las ejerce el Consejo de Estado, particularmente, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil —en adelante la Sala de Consulta (Consejo de Estado, 2018, pp. XLVII, XLIX)—. La tercera función, la jurisdiccional, fue creada por la Constitución de 1886 (artículo 141), aproximadamente 100 años después, y hoy se ejerce por las diferentes secciones según las especialidades determinadas por la Ley 270 (1996, art. 34 a 36). Con la combinación de estas atribuciones el Consejo de Estado se convirtió entonces en el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y en el máximo cuerpo consultivo del Gobierno.

Como es sabido, la función consultiva en Colombia es ejercida en los términos que la ley establece¹⁰ e implica absolver consultas elevadas por los órganos de Gobierno, realizar estudios sobre temas de interés para la administración pública o resolver conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional, territorial o descentralizado, entre otras acciones (Consejo de Estado, 2015). Así mismo, a partir de esta función, la Sala de Consulta emite conceptos cuyo contenido no es vinculante ni para los administrados ni para el Gobierno, aunque existen casos en los que el Gobierno debe solicitar, de manera obligatoria, la opinión del Consejo de Estado¹¹. En todo caso, estos conceptos no son ni sentencias ni actos administrativos, se trata de manifestaciones técnico-jurídicas que fundan su legitimidad en que las emite una autoridad investida por la Constitución y la ley con funciones de alta asesoría.

Con estas características, paso a explicar la incidencia que tiene esta atribución en la buena marcha de la administración pública. En efecto, a partir de los conceptos de la Sala de Consulta, el Consejo de Estado, además de favorecer a la justicia y a la equidad, contribuye a proteger y garantizar el derecho al buen desempeño de la administración pública. En los términos de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de lo(a)s ciudadano(a)s, el buen desempeño de la administración pública es considerado desde una triple dimensión: como un principio,

● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

9 Con posterioridad, las Constituciones Nacionales de 1830 y 1832 ampliaron las funciones consultivas del Consejo de Estado.

10 Particularmente en los términos expuestos en los artículos 112 de la Ley 1437 de 2011 (98 del C.C.A.), 237, numeral 3º de la Ley 270 de 1996 (L.E.A.J.) y 21 del Acuerdo n.º 058 de 1999 - Reglamento Interno.

11 Por ejemplo, cuando el Consejo de Estado conceptúa sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Nacional.

un deber y un derecho de la ciudadanía¹². Este derecho también ha sido consagrado en otras latitudes como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión¹³, entre otros.

Ahora, una óptima gestión de las entidades públicas implica el cumplimiento de sus deberes funcionales y una ejecución diligente, oportuna y eficaz¹⁴ de las acciones a las que están obligadas. Todo ello, con la finalidad de generar como resultado decisiones justas y equitativas tomadas en un tiempo razonable. La función consultiva incide directamente en el logro de estos resultados, ya que a través de este medio se contribuye a que la administración, dentro de sus márgenes discrecionales, pueda adoptar decisiones fundamentadas en conceptos jurídicos y técnicos independientes. Esta circunstancia impacta directamente en la legitimidad de ejercicio del Gobierno e incrementa la cultura de la justificación de las decisiones públicas.

El incremento de la legitimidad y la motivación de las decisiones de la administración pública, asegura a su vez el acierto del accionar del Gobierno, y previene el ejercicio arbitrario de la autoridad o el abuso del poder. Esto indudablemente redundará en la protección de la democracia y la garantía de los derechos y libertades de las personas. Adicionalmente, como explica el profesor Ignacio Granado Hijelmo, la función consultiva facilita el control del poder político, pues es una expresión del principio de pesos y contrapesos (*check and balances*):

La concepción grupal del Estado también determina la posición institucional de la función consultiva como uno de los mecanismos constitucionalmente previstos para el contrapeso del poder político, con el objeto de garantizar la legalidad y racionalidad de sus decisiones, produciendo un efecto reflejo de legitimación o deslegitimación respecto al ejercicio de dicho poder político (Granado Hijelmo, 2020).

• • • • •

- 12 En efecto, en el preámbulo de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del ciudadano en relación con la administración pública se explica: «La administración pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado social y democrático de derecho, especialmente de la denominada tarea promocional 3 de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana».
- 13 El derecho a la buena administración pública fue consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 41. Allí se indicó que: «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones [...]».
- 14 Consejo de Estado, concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 28 de marzo de 2017.

En ese sentido, los conceptos de la Sala de Consulta son, en esencia, insumos para garantizar la calidad y la legitimidad de las decisiones de la administración pública, tal y como lo ha reconocido el mismo Consejo de Estado (2021):

Hoy, más que nunca, cuando transitamos por momentos de crisis, en los que el poder ejecutivo ha robustecido sus potestades, los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado cobran mayor relevancia, por cuanto se erigen en un criterio jurídico autónomo, independiente, objetivo y expedito para la toma de decisiones del Gobierno nacional, ajustadas a la Constitución y la ley (p. 18).

Esta posición también es corroborada por la profesora Eva María Menéndez Sebastián, quien destaca la incidencia y contribución de la función consultiva de órganos como el Consejo de Estado en la buena administración. Para esta jurista, dicha facultad permite que la oportunidad jurídica y la conveniencia administrativa se integren al principio de legalidad (Menéndez Sebastián, 2022). De esta manera, los conceptos que emite la Sala de Consulta orientan jurídicamente la toma de decisiones por parte de la administración pública y reducen el riesgo de lesionar los intereses legítimos de particulares y de otras entidades públicas, que puedan causarse por daños antijurídicos.

Así las cosas, se puede afirmar que las consultas que eleva la administración pública ante la Sala de Consulta cumplen, al menos, cuatro finalidades: informativa, preventiva, fiscalizadora y legitimadora de las decisiones de la administración. Tales dimensiones se desarrollan así:

- Finalidad informativa, puesto que asesora y dota a la administración pública de conocimientos técnicos y jurídicos para adoptar una decisión adecuada.
- Finalidad preventiva, ya que ilustra a la administración pública sobre las consecuencias que una determinada decisión podría tener y, con ello, es posible anticipar la ocurrencia o no de eventuales daños antijurídicos.
- Función fiscalizadora, en tanto permite que el Consejo de Estado haga un análisis sustancial previo de una decisión de la administración pública, que puede servir para depurar la toma de decisiones arbitrarias o con abuso del poder.
- Finalidad legitimadora, debido a que, como se explicó líneas atrás, los conceptos dotan de credibilidad, razonabilidad y peso argumentativo a una determinada decisión.

A partir de estas finalidades, me centraré en destacar la dimensión preventiva que tienen los conceptos emitidos por la Sala de Consulta del Consejo de Estado. En nuestro país, la función consultiva tiene un alcance sui géneris si se la compara con los órganos análogos en otros Estados. Ese alcance diferencial tiene relación, principalmente, con el hecho de que la función consultiva lleva consigo un componente implícito que es la prevención del daño antijurídico que pueda producir la administración pública a partir de actuaciones, tanto lícitas como ilícitas. Lo anterior, porque en el marco de las consultas, el Consejo de Estado brinda apoyo a las entidades estatales para que realicen una gestión adecuada de sus funciones y promuevan, respeten y garanticen los derechos de la ciudadanía, dentro de sus competencias constitucionales y legales (Mantilla Correa, 2019).

A diferencia de lo que ocurre en países como Bélgica¹⁵, Francia¹⁶ o Argelia¹⁷, en Colombia, la Sala de Consulta tiene un marco de competencias más amplio, toda vez que absuelve consultas, pero también tiene atribuciones para “revisar los contratos y conceptuar sobre los mismos, en los casos previstos en la Ley; verificar si los candidatos a la Presidencia de la República reúnen o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación” (Rodríguez Rodríguez, 2013, p. 577), o revisar los actos compilatorios de la normatividad expedida por el Gobierno nacional, para efectos de su difusión u coherencia jurídica, entre otros según la Ley 1437 (2011, art. 112).

Estas y otras facultades hacen que, en el caso colombiano, la Sala de Consulta contribuya a que la administración pública tome decisiones de forma más acertada e incida en el reajuste del ordenamiento jurídico para garantizar mayor coherencia y seguridad jurídica en el actuar de las entidades públicas. En efecto, el Consejo de Estado (2021) reconoció que los conceptos de la Sala de Consulta impactan, incluso, en ámbitos como la administración de justicia, así explica que:

[...] en su faceta de cuerpo supremo consultivo del Gobierno consagrada en la Constitución Política (artículo 237) ha contribuido no solo a la toma de mejores decisiones por parte de las autoridades públicas, sino también a los jueces en su quehacer de administrar justicia. En efecto, en la jurisprudencia se evidencia que las decisiones judiciales se han servido en múltiples oportunidades de los conceptos que emite la Sala de Consulta y Servicio Civil en variadas materias, pese a su carácter no vinculante (p. 21).

Por ejemplos como el anterior, puede afirmarse que la prevención del daño antijurídico se produce al suministrar respuestas técnicas y jurídicas a las consultas que formula el Gobierno nacional. Tales conceptos técnicos y jurídicos inciden también en que las entidades públicas utilicen mecanismos alternativos de resolución de conflictos y, por ende, impacta en la reducción de la litigiosidad en contra del Estado y la protección del patrimonio público.

Como es evidente, estos aspectos resultan de relevancia para una entidad como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), ya que, como adelanté, guarda una estrecha relación con su misionalidad y con su función como líder de la política pública en materia

● ● ● ● ● ● ● ● ● ●

- 15 Con respecto a las funciones principales en materia consultiva se pueden citar dos: (i) emitir dictámenes, no vinculantes, sobre proyectos normativos (leyes o reglamentos administrativos) a partir de lo previsto en la Constitución, la legislación de la Unión Europea, las decisiones de la Corte Constitucional Belga y de la Corte Europea de Derechos Humanos y (ii) resolver conflictos de competencia verticales y horizontales. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. “Jornadas Internacionales de la Función Consultiva. Cartagena 6 y 7 de septiembre de 2010”. Pág. 10.
- 16 De las funciones consultivas a cargo del Consejo de Estado francés se destacan las de: revisar proyectos normativos y resolver las consultas que le sean presentadas. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. “Jornadas Internacionales de la Función Consultiva. Cartagena 6 y 7 de septiembre de 2010”, PP. 13 y 14.
- 17 La principal función en materia consultiva del Consejo de Estado de Argelia es emitir dictámenes sobre los proyectos de ley. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. “Jornadas Internacionales de la Función Consultiva. Cartagena 6 y 7 de septiembre de 2010”. Pág. 9.

de prevención del daño antijurídico. En efecto, la ANDJE abarca cuestiones como la defensa jurídica del Estado, el pago de sentencias y conciliaciones, la recuperación de recursos públicos por medio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía y el impulso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre otras acciones. Por esta razón, el legislador por medio de la Ley 2080 de 2021¹⁸, incluyó a la ANDJE como un nuevo sujeto calificado para solicitar, ante la Sala de Consulta, la emisión de conceptos cuando se presenten controversias jurídicas entre entidades públicas del orden nacional o entre estas y entidades del orden territorial o del orden descentralizado, con una doble finalidad. En primer lugar, para prevenir eventuales litigios contra el Estado y, en segundo, para poner fin a los litigios existentes. El Consejo de Estado (2018, pp. LXXVIII y LXXIX), al referirse a esta nueva función, expresó que es un valioso instrumento de «[...] justicia administrativa preventiva [...] lo que representará mayor seguridad jurídica, respeto de jerarquía de normas, claridad y comprensión». De manera puntual, el ordinal 7 del artículo 19 de la mencionada ley indicó respecto de las funciones de la Sala de Consulta lo siguiente:

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

Esta facultad fue demandada ante la Corte Constitucional, y mediante Sentencia C-031 de 2023 fue declarada exequible. La Corte consideró que la norma demandada persigue una finalidad constitucional legítima en materia de descongestión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, satisface los principios de razonabilidad y proporcionalidad y no comporta una afectación del derecho fundamental al debido proceso de las personas de derecho público.

Ahora bien, vale la pena recordar que el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo (Ley 1437 de 2011), en el ordinal 7 del artículo 112¹⁹, había contemplado la facultad mencionada en el párrafo anterior. Sin embargo, esta facultad solo permitía que la solicitud fuera realizada por el Gobierno nacional, y no por la ANDJE directamente. Así mismo, el concepto emitido solo tenía como finalidad esquivar eventuales litigios contra el Estado, sin que fuera posible incidir en litigios ya iniciados. Es decir, su único objetivo era prevenir la existencia de una controversia judicial en el que las partes fueran Estado contra Estado²⁰. En ese sentido, resulta valiosa la modificación introducida por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021, ya que amplía el alcance de los conceptos, ya no solo a la etapa de prevención del daño antijurídico, sino que impacta en el uso de mecanismos de

• • • • •

18 Por la cual se reformó el CPACA.

19 Ordinal 7º del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 disponía: «[...] La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones: [...] Emitir concepto a petición del Gobierno nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio».

20 Esta es una similitud que existe entre el Consejo de Estado de Colombia y Turquía frente a la función consultiva.

solución de controversias en litigios que se encuentren en curso. Lo anterior, toda vez que, por un lado, faculta a la ANDJE a realizar la respectiva solicitud directamente y, por el otro, amplía el espectro del concepto para que no solo prevenga un eventual litigio, sino que ponga fin a los que se encuentren en curso.

Como ya se destacó, si bien los conceptos no son vinculantes para las entidades, sí constituye un insumo importante para la buena administración pública, porque dotan de legitimidad, credibilidad, razonabilidad y seguridad jurídica las decisiones de las entidades públicas. Así mismo, estos conceptos aportan información relevante para encontrar soluciones a controversias judiciales por medio de conciliación u otros mecanismos de resolución de controversias. Esta es otra de las ventajas potenciales que surge de la coordinación entre la Sala de Consulta y la ANDJE²¹.

En efecto, esta dimensión adicional de la función consultiva adquiere un papel preponderante para las entidades públicas, ya que les ofrece la oportunidad de acudir a la Sala de Consulta a través de la ANDJE, por medio de un procedimiento simple, imparcial e independiente. Así mismo, permite que las entidades del orden nacional o territorial tengan a su disposición la experiencia y los conocimientos, tanto de la Sala de Consulta como de la ANDJE, de manera que puedan resolver con mayor eficiencia las controversias en que ellas sean parte. Destaco especialmente esta facultad, ya que el canal de comunicación directo entre la Sala de Consulta y la ANDJE favorece el trabajo coordinado entre los órganos del poder público. Así mismo, porque seguramente potenciará el alcance e impacto de la función consultiva, con fines de prevención de la litigiosidad en contra del Estado en diferentes niveles.

Para finalizar, quiero demostrar ese alcance potencial con algunas cifras sobre litigiosidad entre entidades estatales. En efecto, la información contenida en el Sistema Único de Gestión de la Información Litigiosa del Estado (eKOGUI), registra un total de 171 procesos interadministrativos admitidos entre abril y noviembre de 2022, por un valor aproximado de 576 mil millones de pesos, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso-administrativa. Como reflexión, resulta paradójico que existan este tipo de disputas entre entidades que comparten fines comunes como la satisfacción del interés general y la protección del patrimonio público. Estos escenarios, al igual que en conflictos entre particulares y el Estado, implican el desgaste de recursos públicos encaminados a su atención y contribuyen a la congestión del sistema judicial en nuestro país, haciendo que la administración de justicia sea más lenta y precaria. En conclusión, la coordinación de entidades consultivas y asesoras como la Sala de Consulta y la ANDJE, es trascendental para la buena marcha de la administración pública y la reducción de la litigiosidad.



21 Esta coordinación podría impactar directamente en la función de los comités de conciliación que juegan un rol trascendental dentro del ciclo de defensa jurídica del Estado.



*Doctor Vladimir Fernández Andrade
Secretario jurídico de la presidencia*

De nuevo, muchas gracias, queremos contarle cuál es la visión de estos tres meses y algunos días de cómo ha sido la labor y el aprender frente al ejercicio de la función del Consejo de Estado, toda una vida de ejercicio cuando empezamos a acudir a la Sala de Consulta.

Recuerdo, como asesor de despacho del ministro de Transporte a Andrés Uriel Gallego (2002-2003), cuando íbamos a la misma Sala con miles de problemas, y siempre la misma recepción y el mismo apoyo, el trabajo fuerte dedicado para resolver problemas con la mayor objetividad. Eso en la vida desde las diferentes posiciones en las que hemos estado hemos visto cómo es, luego como procurador.

Igualmente, acudir a la Sala de Consulta con esta nueva función que nos comentaba la doctora Marta Lucía Zamora, que creemos ha sido muy exitosa, y lo puedo decir desde el ámbito de procurador que participó coadyuvando en esas decisiones y tratando de mediar para llegar a acuerdos entre entidades públicas y evitar el conflicto o sacar el conflicto de donde estaba.

Recuerdo el caso de un tema impositivo, en el aeropuerto de Chachagüí en Nariño. Lo llevamos, estuvimos en esa disputa con la aeronáutica civil, con las tasas que se generaban, el ICA que se estaba generando a nivel municipal. Después de todo un trabajo en el que la Sala de Consulta colaboró, trató de llegar a un acuerdo, o que por lo menos los diferentes puntos de vista sí quedaran plasmados, y se tomó una decisión totalmente ajustada, que la administración, y desde el punto de vista también de la Procuraduría, acogió dándose así solución a un problema que llevaba años presentándose.

Lo mismo ocurrió este año con otro caso, precisamente entre la DIAN y el Ministerio de Vivienda. También fue una labor muy importante y recuerdo mucho el gran llamado de atención de nuestra consejera, a quienes ponía de parte del Ministerio, de la DIAN, diciendo que esto se trataba de una labor académica, y que así llegaba a participar a la audiencia. Esta no es una labor académica, estamos llegando a la Sala de Consulta del Consejo de Estado ante los honorables consejeros pidiéndole que nos ayuden a solucionar un problema, y con ese respeto vamos ante ustedes y así lo logramos resolver. Con esa misma dignidad nosotros como gobierno solicitamos el apoyo, y ya lo hemos hecho en diferentes casos.

Entonces, hemos acudido a ustedes y seguiremos acudiendo, para fomentar, como decía la doctora Martha Lucía, llegar a acuerdos entre entidades para solucionarlos allá, que nos colaboren y nos ayuden a solucionar realmente el tema, tal como lo acabamos de hacer. Hoy solicitamos el levantamiento de la reserva de una situación que acaba de pasar y que pedimos precisamente audiencia el lunes por la tarde, audiencia que se programó para el martes a las 9:30 de la mañana. Se hizo la solicitud de concepto a las 6 de la tarde, a las 8 estaba repartida, asignada, luego se presentó el asunto, se hizo la exposición de carácter, no solo escrito, sino también verbal; anoche quedó absuelta y hoy el gobierno pudo actuar y proceder acatando, precisamente, la consulta, como decía Néstor, que no es obligatoria, pero para nosotros sí, y así vemos nosotros a nuestras Cortes y al Consejo de Estado. Esta es una posición que desde que llegó la primera semana al Gobierno, fuimos hasta el Palacio de Justicia y les decimos que cumplimos las decisiones de las Cortes; así es la posición del Gobierno y va a seguir siendo.

Entonces, esto es un ejemplo de lo que acaba de ocurrir, así contamos nosotros con el Consejo de Estado, la Sala de Consulta, y vamos a seguir haciéndolo; por eso, con toda la humildad que corresponde, les pedimos audiencia, solicitamos el apoyo en todos los ámbitos de la Rama Judicial, en este que nos convoca hoy, que es la función consultiva, y que con mayor claridad nos muestran el camino. ¿Y por qué lo hicimos, doctor Bula? Porque había un vacío, en este caso en particular no teníamos el temor a las “ías”, no estábamos pensando en otras consideraciones, sino que creíamos que podíamos tomar una decisión, pero queríamos ver todas las aristas, y así nos las mostró el concepto, todas las posibilidades y este es el camino que creemos se debe adoptar y ese fue el camino que tomó el Gobierno el día de hoy. Es una muestra que esto ya es una situación de coyuntura, y les cuento lo que acaba de pasar, ya que me quitaron los antecedentes. Esa es la muestra de qué es lo que está haciendo el Gobierno y cómo está acudiendo a la Sala de Consulta y cómo lo va a seguir haciendo.

Doctor Néstor Iván Osuna Patiño
Ministro de Justicia y del Derecho

Escuchando a mis compañeros de trabajo en el gobierno y haciendo memoria de los conceptos que recuerdo históricamente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el doctor Bula tiene razón, a lo mejor los gobiernos acuden al Consejo de Estado por una suma de todo lo que usted mencionaba: dudas, contradicción de criterios, dificultades, cosas que parecen insolubles; todo lo anterior, juntado en un mismo caso.

Seguramente también ocurre en ocasiones, no descartemos necesidad de darse tiempito, bueno, una decisión que hay que tomar para hoy, no sabemos bien, consultémosle al Consejo de Estado y ahí tenemos un oxígeno de un par de semanas, mientras pensamos bien cómo lo hacemos, pero sin descartar que en la cotidianidad de la vida política de eso existe, yo creo que lo que los gobiernos buscan y especialmente lo que este gobierno ha buscado, como ya lo ha dicho Vladimir y seguirá buscando, es auctoritas.

¿A qué me refiero? No es legitimidad política, esa la tiene el gobierno directamente, y si carece de ella no se la va a dar un concepto del Consejo de Estado. No es tampoco una decisión de autoridad en sentido de fuerza vinculante, es lo que los romanos llamaban la auctoritas, el

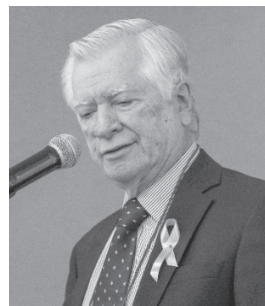
prestigio de la sabiduría, gobernar en últimas, aunque a veces eso esté un poco deteriorado por la vicisitudes diarias de la opinión pública y de la prensa.

Gobernar es un arte de inteligencia, y entonces contar con un criterio razonado, ilustrado, sabio, de juristas que todo el país, reconoce porqué el poder judicial y el Consejo de Estado goza de ese reconocimiento de haber leído. Todos los que somos, los que nos hemos dedicado al oficio de juristas hemos leído conceptos del Consejo de Estado desde que éramos estudiantes, y sabemos de su seriedad, de su solvencia intelectual, pues es una herramienta de gobierno, formidable en ese sentido de hacer de la toma de una decisión un ejercicio colectivo de inteligencia. Yo creo que eso es lo que buscan los gobiernos cuando consultan al Consejo de Estado, más allá de que ciertamente puede haber algo de razón en todo lo que usted mencionaba, que, además, lo debe haber padecido varias veces a lo largo de los ocho años en los que estuvo en ese cargo, así que con eso culminaría mi intervención.

Función consultiva y contenciosa. Eficiencia, modernización y globalización

Autonomía e independencia de las funciones consultiva y contenciosa

Calidades, periodo y sistema de elección de los magistrados



Augusto Hernández Becerra
Exconsejero de Estado de Colombia

Me han invitado a expresar algunas ideas en relación con la autonomía y la independencia de la función consultiva —debemos destacar que esta función es, en mi opinión, la más curiosa y rara de las funciones que pudiera ejercer alguna autoridad en el Estado colombiano—, luego me han invitado a hacer unos comentarios de por qué la sala de consulta forma parte del Consejo de Estado y finalmente añadir unas notas sobre lo que distingue la autonomía y la independencia de la función consultiva en el orden constitucional y legal.

Me ocuparía exclusivamente de analizar la función consultiva y, por tanto, me abstendré de referirme a otras importantes funciones asociadas con esta función, atribuidas también a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

En cuanto la rareza de esta función se refiere, hay que señalar que se trata de una competencia de rango constitucional que, por supuesto, envuelve el ejercicio de una función pública y que por una serie de azares se encuentra radicada en el Consejo de Estado. Es una función que consiste esencialmente en emitir conceptos u opiniones razonados sobre diversos asuntos de naturaleza jurídica, que interesan especialmente a la administración pública, y que tiene por objeto clarificar la interpretación de las normas o también, orientar su correcta aplicación.

Esta función es excepcional, entre otras razones, por las siguientes: se trata de emitir conceptos sobre asuntos de derecho, pero esta función, aun cuando está ubicada en el Consejo de Estado, no es de naturaleza judicial. El concepto que emite la Sala de Consulta de Servicio Civil no es un acto administrativo; mediante este concepto emite un juicio u opinión de contenido jurídico, que no es vinculante para su destinatario. El destinatario único de los conceptos es el Gobierno nacional. Ninguna otra autoridad le puede pedir a la Sala de Consulta un concepto, ni

los particulares, entonces, encontramos que solo el Gobierno, a través de los ministros, puede dirigirse a esta Sala para que se pronuncie en relación con los asuntos que le inquieta.

Por su parte, el Gobierno nacional tiene la facultad de acoger o no la opinión de la Sala de Consulta, y también decide sobre qué asuntos quiere consultar. Es evidente que la consulta también es algo estratégico y que tiene un sentido político, cuando haces la consulta y de qué manera formularla.

El concepto, en principio está sometido a reserva y solo el Gobierno nacional puede levantar esta reserva; posteriormente, transcurrió un tiempo durante el cual el Gobierno no lo hizo, por lo que la Sala de Consulta puede levantar dicha reserva.

Esta función escapa el conocimiento público, por lo general funciona es por la iniciativa exclusiva del Gobierno, pero ocurre que se trata de una función que por sus productos viene siendo o ha sido siempre muy reconocida, porque tienen mucho impacto los conceptos en la administración, en la jurisprudencia y en la doctrina.

Creo que aquí ya se ha hablado bastante de la historia del Consejo de Estado, de la función consultiva, entonces, solamente quiero destacar unos puntos que contribuyen a explicar bajo qué condiciones se desarrolla la función, en cuanto a la independencia y la autonomía se refiere.

Nos preguntamos por qué la Sala de Consulta forma parte del Consejo de Estado. En otras palabras, por qué razón el Consejo de Estado tiene en su seno una Sala de Consulta y Servicio Civil. Al responder, encontraremos algunas pistas sobre el origen de la autonomía e independencia de la función consultiva.

Ha de recordar, seguramente, que se ha dicho varias veces que el Consejo de Estado debe su nombre precisamente de la función consultiva, que desde sus orígenes esta institución o corporación ha desempeñado como actividad característica.

El Consejo de Estado da consejo o recomendación por medio de dictámenes, opiniones, conceptos, y en esa condición, fue creado el Consejo de Estado en 1815, bajo el gobierno de las provincias Unidas de la Nueva Granada. Con el mismo carácter Simón Bolívar lo creó en el XVII, como órgano consultivo del gobierno, condición única que le caracterizó el transcurso del siglo XIX, pero que es también la cualidad muy destacada que conserva el Consejo de Estado hasta el presente.

El Consejo de Estado se conservó en varias de las primeras constituciones el 21 del 30, del 32, pero fue suprimido en la Constitución de la Nueva Granada de 1843. Sin embargo, sobrevivió con algunas constituciones de los Estados durante la época Federal. La Constitución del 86 restableció el Consejo de Estado con sus habituales funciones consultivas, que esa era su ocupación principal. Pero la Constitución en el 86 previó que la ley podría organizar una Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo en el artículo 164: «[...] la ley podrá establecer la jurisdicción administrativa instituyendo tribunales para conocer las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos», y el Consejo de Estado resolvería las causas promovidas contra los centros superiores de la administración.

El artículo 141 de esa misma Constitución de 1886, dispuso que el Consejo de Estado ejercerá en la facultad de decidir sin ulterior recurso las cuestiones con todos esos administrativos, si la ley estableciera esta jurisdicción.

Pues bien, transcurrieron varias décadas para que por fin se decidiera crear la jurisdicción y luego atribuir al Consejo de Estado la posición de Tribunal Superior Supremo de la jurisdicción con tres administrativas.

Esto ocurrió inicialmente mediante la Ley 130 de 1913, el primer código contencioso-administrativo que tuvimos, en donde se organizó enteramente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es algo verdaderamente precursor del desarrollo del derecho moderno. Y es el primer caso en que se hace un desarrollo pleno de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, paralelamente a la jurisdicción ordinaria y es una característica de la estructura de la Rama Judicial, y verdaderamente excepcional a escala continental hasta el presente.

Allí, en esa Ley de 1913, se creó en un Tribunal Supremo lo Contencioso-Administrativo. Al año siguiente se restableció el Consejo de Estado, porque había sido suprimido en 1905 por el general y presidente Rafael Reyes, dado que en su opinión el Consejo de Estado se entrometía excesivamente en todos los asuntos gubernamentales, lo cual no era del agrado del presidente Reyes, que era un gobernante muy autoritario. Entonces, por el acto legislativo de 1914 se restablece el Consejo de Estado a quien se le atribuyen las funciones de lo contencioso-administrativo, el tribunal supremo el año anterior le había asignado a la Ley 130.

A partir de entonces (1914) la función del Consejo de Estado será de doble naturaleza: la consultiva y la judicial. Entonces, la gran novedad en la historia del Consejo de Estado aparece prácticamente 100 años después de haberse inaugurado solamente con función consultiva.

La Ley 6 de 1914 dispuso que el Consejo se compondría del primer designado para ejercer el poder ejecutivo, quien lo percibiría, y seis vocales, nombrados tres por el Senado y tres por la Cámara de Representantes; y también dispuso que el Consejo se dividía en dos salas: una denominada de negocios generales y otra de lo contencioso-administrativo. Lo contencioso-administrativo, que estaba formado por cuatro consejeros designados por ejecutivo de entre los elegidos por el Congreso, y la de negocios generales, compuesta por el primer designado y dos individuos más nombrados por el Congreso ejercerían la función consultiva.

Mucho después, mediante el Consejo de Estado se creó una Sala Consultiva especializada que se denominó Sala de Servicio Civil, y que el Decreto 1153 de 1959 señaló que estaría integrada por los consejeros que conformaban la sala de negocios generales. Es decir, desde que se restableció el Consejo de Estado hubo una preocupación en esas décadas posteriores, por separar la función consultiva de la función jurisdiccional, y se ensayaron distintas fórmulas con ese propósito, que finalmente se perfeccionó en 1959.

Finalmente, en cuanto autonomía e independencia, quiero destacar que a partir de 1991 quedó constitucionalmente clarificado la jurisdicción contestación administrativa, que forma parte de la Rama Judicial, que es algo que antes no estaba muy claro. Recordemos que, en la Constitución de 1886, y mientras rigió hasta 1991, el Consejo de Estado era tratado por aparte en un título

distinto del de la Rama Judicial. Era el título 13 que aparecía a continuación del 12, sobre los ministros, y por fuera del 15, que era el de la Administración de Justicia.

La función consultiva se beneficia de la autonomía constitucionalmente reconocida a la Rama Judicial. Para la función consultiva el Consejo de Estado, bajo el régimen actual de autonomía de la rama, es el más importante refugio de la función consultiva que le asegura su independencia y su autonomía.

La elección de los miembros de la Sala de Consulta de Servicio Civil se desarrolla de la misma manera que la de los restantes consejeros de Estado, lo cual es una prenda mayor de autonomía, pero esto no fue siempre así: en 1913 los consejeros eran elegidos por la Corte Suprema de Justicia; en 1914 eran elegidos por el Congreso; en 1943 por el Senado y por la Cámara.

Y algo increíble, en el Acto Legislativo I de 1945 se decidió que corresponde al Gobierno designar los miembros del Consejo de Estado. Esto se remedió con el plebiscito de 1957, en donde se estableció la cooptación: las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación.

Otro aspecto que determina la autonomía es el período fijo de ocho años.

En conclusión, debo decir que, desde una posición de autonomía e independencia la función constructiva provee beneficios al contencioso-administrativo, puesto que abre la senda de construcción doctrinaria en relación con los asuntos sobre los cuales conceptúa, lo que hace mucho más temprano que la jurisdicción, porque la jurisdicción, finalmente, falla sobre el sentido de una ley cuando después de dos instancias transcurridas, no sé, ocho años, aclara la cuestión.

Por cierto, la jurisdicción tiene la costumbre de averiguar primero, estudiando el caso, si ha habido un concepto de la sala sobre la materia a la administración. Lo mismo ocurre, incluso también, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que beneficia a la administración, puesto que a través de sus conceptos la Sala de Consulta cumple una función pedagógica para la burocracia, y genera además una seguridad jurídica que las autoridades administrativas agradecen.

De igual forma, contribuye al Consejo de Estado porque forja la imagen y el prestigio de la institución cuando la Sala de Consulta emitió un concepto sobre un tema importante: el titular de prensa es «el Consejo de Estado ha dicho de manera que este es un aspecto también muy importante para darle lustre a la imagen de toda la institución». Por supuesto, la jurisprudencia tiene muy en cuenta los conceptos: la constitucional, la administrativa —naturalmente para el derecho de una gran utilidad— de los estudios que expone la Sala, pues yo creo que allí se desarrollan los criterios útiles para el entendimiento y la aplicación de las normas. Muchas gracias.

Doctor Édgar González López
Consejero de Estado de la Sala de Consulta y Servicio Civil



CALIDADES, PERIODO Y SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS CONSEJEROS DE ESTADO

Édgar González López



1. MAGISTRADOS: CALIDADES, PERIODO Y SISTEMA DE ELECCIÓN.

2. REFORMA SUSTANCIALES PARA UNA JUSTICIA OPORTUNA Y EFICIENTE.

2



I. CALIDADES - EXPERIENCIA

REGULACIÓN ACTUAL (ART. 232 C.P.)	
Duración	15 años
Origen	• Carrera judicial • Profesión de abogado • Cátedra universitaria
Temática	Cátedra universitaria ejercida en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer

PAIPA (2018) Y REFORMA A LA JUSTICIA (2020)	
Duración	20 años
Temática	La experiencia debe tener relación con el área de donde se va desempeñar el magistrado

DEBER SER	
Duración	25 años (Edad mínima 50 años)
Origen	• Carrera judicial • Profesión de abogado • Cátedra universitaria con experiencia profesional de más de 10 años
Temática	Relacionada con la Sección a la que aspira o con la Sala de Consulta

3

II. PERIODO DE EJERCICIO

REGULACIÓN ACTUAL (ART. 233 C.P.)
•Periodo de 8 años •No reelección •Requisitos de permanencia
PAIPA (2018) Y REFORMA A LA JUSTICIA (2020)
•Periodo 12 años •Posibilidad de periodos indefinidos
DEBER SER
•Periodo de 12 años •No reelección

4

III. SISTEMA DE ELECCIÓN

REGULACIÓN ACTUAL (ART. 231 C.P.)
•Sistema de cooptación mixto •Lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura •Audiencia previa •Criterio de equilibrio
PAIPA (2018) Y REFORMA A LA JUSTICIA (2020)
•Sistema de elección directa •Convocatoria pública reglada
DEBER SER
•Cooptación directa •Convocatoria o concurso público (organización por el Consejo Superior de la Judicatura) •Recomendaciones Sala de Gobierno – 15 aspirantes •Audiencia

5

IV. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES

REGULACIÓN ACTUAL (ART. 3, Ley 1474 de 2011)
•Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de 2 años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios.
DEBER SER
•Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de 2 años después de la dejación del cargo, con respecto de la misma Sección en la cual prestó sus servicios o de la Sala de Consulta y Servicio Civil. •Suspensión de magistrados: Debido proceso. Comisión de Acusaciones.

6

V. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL



- Consejo Superior de la Judicatura:
 - Definición de la política
 - Ejecución de la política
 - Concertación con el Consejo de Estado
- Consejo de Estado:
 - Presidencia. Gestión interior y exterior.
- Secretaría General: Gerencia. Recursos humanos y administrativos.
- Autonomía en gastos básicos.

7

VI. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA



- Neutralidad política
- No cooptación de las partes o interesados
- Transparencia y ética. Fuertes restricciones – Reglamento
- Interacción entre la función consultiva y la función contenciosa.

8

2. REFORMAS SUSTANCIALES A UNA JUSTICIA EFICIENTE Y OPORTUNA



- Autonomía
- Descongestión
- Acceso a la justicia

9



*Doctor Mauricio Rodríguez Tamayo
Magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial*

Muy buenos días para todos. Saludar muy especialmente a todos los magistrados del Consejo de Estado, y de las demás cortes que nos acompañan. A los exconsejeros y exconsejeras de Estado, mi saludo muy especial para los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, a su presidenta, la doctora Ana María Charry, a la doctora María del Pilar Bahamón, al doctor Édgar González y al doctor Óscar Darío Amaya, muchas gracias por la invitación. A todos los asistentes, funcionarios, profesores y académicos.

Para mí siempre será un honor compartir eventos en la que siempre he considerado mi casa, que es el Consejo de Estado.

Hoy he sido invitado para hablar con ustedes sobre la responsabilidad disciplinaria de los magistrados de las Altas Cortes, y me parece muy importante este tema porque se conecta muy bien con el anterior panel, donde precisamente se hacía referencia a la autonomía y a la independencia. El control disciplinario, por lo menos en nuestra democracia en Colombia, es un control disciplinario que frente a las decisiones judiciales lo podemos denominar como un control restringido.

Un pilar fundamental en una sociedad es el juez, y, en principio, como lo reconoce el artículo 228 de nuestra Constitución, y también el artículo 5 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que es la Ley 270 de 1996, los jueces son autónomos y son independientes.

De este modo podemos entender cómo en Colombia el control disciplinario de los jueces, por regla general, está a cargo de una jurisdicción especial, que es la jurisdicción disciplinaria integrada a la Rama Judicial y que, fundamentalmente, se encarga de investigar y juzgar los comportamientos que con alcance disciplinario puedan incurrir los jueces.

Ahora, ¿qué ha dicho la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, ¿qué ha dicho la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia? En principio, los jueces en sus decisiones no pueden ser objeto de investigaciones de carácter disciplinario. Esa es la regla general en nuestro país, y por supuesto que se trata de un blindaje necesario que la democracia les ha dado a los jueces para poder tomar decisiones; sabemos que las decisiones se manejan en dos caminos: o se pierde o se gana y, por lo tanto, es necesario

salvaguardar ese nivel básico, ese núcleo esencial dentro del cual el juez se puede mover en el campo disciplinario. Entonces, una primera precisión que tenemos que hacer es eso, las reglas generales de las providencias de los jueces, no tienen por qué surgir de ellas investigaciones de carácter disciplinario para los jueces, esa es una primera conclusión que hacemos en nuestra intervención.

Lo segundo, pues la jurisprudencia también ha reconocido que hay circunstancias donde ese blindaje tiene que ceder, porque hay decisiones de los jueces que definitivamente se desvían de manera evidente, de manera arbitraria y de manera grosera, de los cauces a través de los cuales tiene que circular la aplicación y la interpretación de las normas, y se ha dicho que de manera excepcional los jueces responden disciplinariamente, y cuando me refiero a los jueces, incluyo también a los magistrados que hacemos parte de las Altas Cortes.

¿Dónde está ese régimen disciplinario para el caso de los magistrados de las Altas Cortes? Fundamentalmente lo encontramos en un artículo del Código General Disciplinario Vigente, que es la Ley 1952 del artículo 242, el cual tiene una definición especial de falta disciplinaria para los jueces, y el régimen de los deberes funcionales de los jueces donde los encontramos, a partir del artículo 153 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

A partir de esos artículos 153, 154, 155 y 156, vamos a encontrar el Régimen general de deberes, de inhabilidades y de prohibiciones para los magistrados de las Altas Cortes. Para el caso de Colombia, la función disciplinaria sobre los magistrados de las Altas Cortes la ejerce la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, en razón al fuero que tienen los magistrados de las Altas Cortes.

Por el contrario, los demás magistrados, jueces, fiscales, y ahora los empleados judiciales, todos los que laboran al servicio de la Rama Judicial, son investigados y eventualmente sancionados por la jurisdicción disciplinaria, la cual está básicamente integrada en Colombia por 25 comisiones seccionales de disciplina judicial que se encuentran en las capitales de ciertos departamentos; y la segunda instancia, a través de una nueva institución, creada a través del Acto legislativo n.º 2 del año 2015, que se denomina la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la cual está integrada básicamente por siete magistrados, tres elegidos de ternas que remite el presidente de la República al Congreso de la República, y cuatro de ternas que envía el Consejo Superior de la Judicatura. Es una elección que la hace la elección del Congreso en pleno Cámara y Senado.

De este modo, identificamos efectivamente cuál es el régimen sustancial de esas faltas disciplinarias a las que eventualmente pueden verse inmersos los magistrados, los jueces y los fiscales, pero quiero nuevamente insistir en la importancia que tiene precisamente la autonomía y la independencia judicial en Colombia. Es un pilar básico de la Democracia colombiana concederle a la justicia ese blindaje para permitir precisamente que todas las interpretaciones que sean razonables a cargo de los jueces, efectivamente sean custodiadas, por esa importante protección que consagra el ordenamiento jurídico.

El trámite en sí del proceso disciplinario, también se encuentra previsto en la ley para el caso de los magistrados y para el caso de los jueces fiscales y empleados. Es el procedimiento

general que se encuentra también reglamentado en la Ley 1952 del año 2019, que es el actual Código Disciplinario Único.

En ese sentido, nos parece muy importante resaltar un aspecto muy característico de lo que es el derecho disciplinario en nuestro país. Para señalarles precisamente, que el derecho disciplinario en Colombia es único. ¿Por qué es único? Porque es un derecho muy especializado que ha avanzado mucho hacia la autonomía y, por supuesto —con mucho orgullo debemos sentirnos todos—, es un derecho disciplinario que hoy en día está siendo objeto de estudio por otras naciones, en razón a los avances significativos que ha tenido en nuestro país. Lo anterior porque se han dado unas reformas importantes y significativas, las cuales han generado necesidades, que antes no se tenían, y que hoy son propias del derecho disciplinario, como aquellas que nos enseñan hoy en día: quien investiga una falta disciplinaria, no puede ser a su vez el mismo funcionario que se encarga de hacer el juzgamiento de esa falta disciplinaria.

Al interior de la jurisdicción disciplinaria se ha generado la necesidad de que, en el marco de estos procesos disciplinarios, haya funcionarios instructores que se encargan de investigar y eventualmente acusar, y unos funcionarios diferentes, que son los que se encargan del juzgamiento. Esto ha sido conocido hoy en día como la garantía convencional y constitucional de la división de roles, que tiene su fundamento en el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, que hace relación precisamente a la división de roles como un principio que se incluye en el núcleo duro del derecho fundamental al debido proceso.

Ya para terminar, quiero dejarles unas breves reflexiones frente a los aspectos relacionados con la eventual responsabilidad disciplinaria que puede surgir para los jueces, cuando desconocen los precedentes judiciales.

Este es un tema realmente problemático, pero muy interesante, que se está discutiendo día a día, sobre todo a partir de unas decisiones muy acertadas que ha tomado el Consejo de Estado, como abanderado a partir de la expedición de la Ley 1437 del 2011 para darle valor normativo al precedente.

Ello efectivamente ha originado que varias secciones del Consejo de Estado, la primera, la cuarta, la tercera y la segunda, hayan unificado precedentes judiciales en aspectos muy particulares que definitivamente buscan proveer de seguridad jurídica, garantizar la igualdad y el acceso a la administración de justicia a los usuarios.

Quiero decirles que desde la óptica de la jurisdicción disciplinaria ya estamos viendo esas discusiones, ya estamos viendo usuarios que están presentando quejas contra los jueces, contra los magistrados de los tribunales, sobre la base de que estos están desconociendo el precedente judicial.

En Colombia, la verdad, a partir de una jurisprudencia sólida y reiterada de nuestro tribunal constitucional, pero hoy en día a partir de unas disposiciones normativas expresas que se encuentran en la Ley 1937, el precedente judicial es efectivamente obligatorio, y se conserva, obviamente, como lo ha dicho la jurisprudencia, la posibilidad de que el juez se pueda apartar de ese precedente aportando lo que los doctrinantes llaman las *mejores razones* y cumpliendo con la carga de transparencia.

Definitivamente esa es una controversia que me parece de mucho interés, y que repito, se está ya discutiendo en sede disciplinaria donde se están planteando quejas contra funcionarios judiciales, es decir, ya el Consejo de Estado tiene un precedente judicial sobre esta temática, es una sentencia de unificación y hay unas reglas que deben aplicarse, pese a eso, se ha desconocido de manera deliberada por los jueces sin aportar razones para apartarse de ese presente.

Definitivamente, es un caso muy interesante, muy desafiante, y quería ponerlo de presente ante ustedes, a propósito del tema del que estamos hablando hoy.

Resalto estos espacios académicos tan interesantes porque estamos hablando de autonomía y de independencia, y finalmente, esos principios de una u otra manera al final pueden estar generando una tensión de cara a esos derechos que los jueces pueden alegar frente a esas decisiones jurisprudenciales de las distintas cortes, que le son totalmente aplicables y frente a las cuales, tanto como la vía del precedente vertical, como horizontal, necesariamente tienen que tener un efecto y un valor.

De este modo entonces, allí tenemos en esencia, ese régimen disciplinario que se encuentra en el Código General la Ley 1952 del 2019. Eso se tiene que complementar necesariamente con los deberes que tienen los magistrados y esos deberes que tienen los magistrados de las Altas Cortes, que son los mismos deberes que tienen todos los jueces del país, que se encuentran a partir del artículo 153 de la Ley Estatutaria a la Administración de Justicia, que es la Ley 270 del año 1996. Agradezco esta amable y gentil invitación que me ha hecho el Consejo de Estado y la Sala de Consulta, a quienes les interese el tema, les sugiero consultar las decisiones que sobre esa materia se están tomando en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial a través de la página web de la Rama Judicial, ahí hay una relatoría muy activa e incluso por temas ustedes pueden preguntar ahí sobre autonomía, sobre independencia, sobre régimen disciplinario y van a encontrar muchas decisiones, el desarrollo que ha hecho la Comisión Nacional de Disciplina Judicial sobre esos temas, acatando muy juiciosamente, creería yo, esos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se han discutido temas de independencia judicial en procesos disciplinarios. Por supuesto, también de la Corte Constitucional colombiana. Muchas gracias. Buenos días.

Panel: eficiencia y modernización de las funciones de la administración pública y la justicia



Doctora María del Pilar Bahamón Falla

Magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil

Me ha correspondido moderar este panel que se denomina «Eficiencia y modernización de las funciones de la administración pública y la justicia», el cual hemos querido enmarcar en tres temas fundamentales: el Gobierno digital, la Justicia digital y la Descongestión judicial.

Para tratar estos asuntos, tenemos unos panelistas de lujo: en el ámbito internacional tenemos a la doctora Sandra María González de Lara Mingo, letrada del Tribunal Supremo de España, y la hemos invitado a este panel para que nos comparta la experiencia en materia de transformación digital en el poder judicial en España.

Por Colombia, tenemos a las personas más autorizadas para hablar de este tema a nivel general, desde la órbita de la Gestión Pública en general, para eso hemos invitado a la doctora Sandra Milena Urrutia, ministra de las TIC en Colombia; igualmente, a la doctora, Adriana Herrera, gerente del programa de Transformación Digital de la Justicia en Colombia en el ámbito de la Rama Judicial, y al doctor Harvey Suárez, secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, que como todos sabemos, no hace parte de la Rama Judicial pero sí del poder judicial y como gerente de la Jurisdicción Especial para la Paz, le corresponde y le ha correspondido liderar el Programa de Justicia más digital para la justicia transicional en Colombia, a raíz del Acuerdo de Paz.

Este es un tema de especial relevancia para la Sala de Consulta, ustedes notarán que es un tema que se sale un poco de la dinámica que han tenido estas jornadas, de hablar concretamente de la incidencia, de la importancia de la interrelación de la función consultiva con la función jurisdiccional del Consejo de Estado, y nos corresponde desarrollar el tema más transversal a toda la gestión pública, a toda la Rama Judicial y al poder judicial concretamente.

Antes de formularle las preguntas a los panelistas, a mí me parece importante evidenciar y reconocer, desde mi perspectiva personal y particular, que el Estado colombiano ha tenido grandes avances, especialmente desde finales de la década de 2000 a 2010, en materia de transformación digital del Estado; creo que se han implementado y desarrollado instrumentos muy importantes en esa dirección, por mencionar algunos de ellos: el programa de Gobierno en línea, que se implementó en 2008 y a partir de 2018 se denomina «Gobierno digital», es transversal a todas las instituciones del Estado, y a todos los sectores, tanto sectores reales de la economía, como el sector social, desde el punto de vista orgánico del Estado; todos han sido programas que han desarrollado los últimos gobiernos y que, lo que proyecta, es modernizar el Estado y acercar el Estado a la ciudadanía.

Tenemos puntualmente, aterrizando en el tema judicial y en la Rama Judicial, los planes estratégicos que ha adoptado la Rama Judicial, tenemos el documento Conpes 4024-2021, que fue el documento que viabilizó el crédito del BID para desarrollar la primera fase del programa de transformación digital en la Rama Judicial; igualmente, el proyecto de Justicia Digital implementado por la Jurisdicción Especial para la Paz, a partir de su entrada en funcionamiento, que tiene el propósito de cumplir el mandato que tiene la Jurisdicción Especial para la Paz en su temporalidad; instrumentos tales como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el cual introdujo en su artículo 136 que toda actuación judicial susceptible de ser expresada en forma escrita, debe ser realizada través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, disposición que se desarrolló especialmente en época de pandemia con el Decreto 806 de 2020, que fue elevado a ley de la República hace pocos meses en la Ley 2213 de 2022. En fin, se han desarrollado y se han definido políticas y estrategias que sería obtuso no reconocer que el Estado ha hecho grandes avances en esa materia.

Entonces, en principio quería dejar esos elementos para iniciar nuestro debate y agradecerle a la doctora Sandra su presencia y preguntarle, ministra: mencionados estos programas, y puntualmente este programa de Gobierno digital, ¿este Gobierno continuará con esa política? o ¿desarrollará alguna transformación o tiene pensado alguna modificación?

Gracias ministra.



Doctora Sandra Milena Urrutia Pérez

Ministra de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones de Colombia

Buenos días para todos.

Yo soy abogada, y para mí, estar aquí compartiendo con ustedes es un absoluto honor; saber que estoy con los magistrados y con la Rama Judicial, que tanto quiero y respeto. Adicionalmente porque tengo grandes amigos y soy una admiradora número uno del trabajo que ustedes hacen, ¿y cómo no?, tuve la fortuna de ser alumna del doctor González, y adicionalmente he trabajado en muchos proyectos con la doctora María del Pilar Bahamón Falla, que por muchos años fue mi mentora y mi jefe en la JEP, en ese sueño de paz que todos los colombianos tenemos y pues aquí tengo grandes amigos que nos acompañan, con los que hemos trabajado en este sector por muchos años.

Efectivamente, en este Gobierno del Cambio nosotros construimos sobre lo construido, y Colombia ha sido un referente a nivel mundial en transformación digital, ha sido reconocida en Latinoamérica y como referente en diferentes áreas y sectores del gobierno en materia digital. Pero, ¿qué es lo que yo he visto? Ahora que hoy estoy cumpliendo mi día 81 como ministra, llegué de últimas, y pues tuve que correr para poder nivelarme porque estamos construyendo el Plan Nacional de Desarrollo.

¿Qué encontré? Que existe una política de gobierno digital, que existen unos decretos recientemente expedidos, de abril y de junio de este año, y adicionalmente se han establecido una serie de protocolos, una serie de documentos, pero ¿qué hace falta? Vida real.

He tenido la oportunidad de recorrer Colombia en estos 81 días, he ido desde el Amazonas, ayer estaba en Palmira, he estado en Puerto Boyacá. Soy boyacense, y mi primera salida, luego de ser ministra, fue en mi pueblo, Aquitania; siempre que voy trato de tener una agenda en donde, como premisa fundamental del presidente Gustavo Petro, es que nosotros seamos ministros de región, que nosotros estemos en la comunidad y recojamos ese sentir de lo que está pasando, para que la ley del Plan Nacional de Desarrollo, que es ahora nuestra tarea principal, salga muy ajustada a la realidad.

En ese diálogo, buscamos que esté la ciudadanía, los gremios, que esté la academia y, por supuesto, las entidades territoriales. ¿Esto para qué? Por ejemplo, en Gobierno digital les cuento una anécdota. Mi pueblo hace parte de la provincia de Sugamuxi, y lo que hicieron en el homenaje, que muy amablemente me rindieron, fue reunir a todos alcaldes de la cuenca del lago de Tota, que eran más

o menos 11 alcaldes y Boyacá tiene 123 municipios, entonces, en esa parte están agregados en esa provincia y la mayoría son categoría 6. Yo les preguntaba de los diferentes temas y uno de ellos es de modernización del Estado y Gobierno digital. Les hacía unas preguntas en relación a cómo veían esa política que existe, si conocen lo que hace el ministerio, y lo que veo es que tenemos un reto bien importante, porque para ellos la prioridad son la salud, el saneamiento básico, la educación, pero a nosotros como sector TIC, nos ven muy alejados, nos ven muy sofisticados, y ahí empezó a construirse lo que estamos fijando como política TIC.

Es que tenemos que hablar como habla la gente. Si hablamos muy complicado, no nos van a entender. En esa medida, ¿qué hemos encontrado? Pues que esas guías hay que volverlas digeribles, tenemos que ver cómo yo puedo utilizar todo el tema de tecnología para ser más eficiente, para ofrecer un mejor servicio al ciudadano.

Hablan de ciudades inteligentes, y todo el mundo dirá: “Pero ¿cómo es eso?, ¿será que todo está controlado desde un tablero de control?” No, ciudades inteligentes significa que el alcalde pueda tener analítica de datos, que tome decisiones pensando en los ciudadanos, y en esa medida lo que estamos trabajando en este ministerio es que todo sea más accesible, que todos se vean reflejados. Yo no necesito tener una gran cantidad de dinero para hacer transformación digital, la transformación digital es que yo pueda tener una página web, en donde no haga que el ciudadano deje de trabajar en el campo para desplazarse hasta el centro poblado, en donde muy seguramente ahora con las vías, es difícil, para que le digan “y vuelva en quince días”, para llevarse algo que le podríamos enviar al celular.

Entonces esa es la conciencia que nosotros estamos ofreciendo a las autoridades.

El Gobierno digital no es sofisticado, el Gobierno digital es cómo ponemos la tecnología al servicio del ciudadano.

¿Ustedes en qué quieren hacer transformación digital?, porque no todos estamos en igualdad de condiciones; existe una asimetría muy marcada en ciudades como Medellín y municipios del Valle de Aburrá.

Al participar en una conferencia en la ciudad de Palmira, en un colegio con los mejores bachilleres, se advierte su formación, la disciplina, y el empeño de 1.800 estudiantes que siempre sacan los mejores Icfes, pero que solo contaban con 30 computadores en su institución. Esta situación nos lleva a decir, que hay trabajar, pero hay que acelerar.

En esa medida, la foto que estamos encontrando en este momento es que, sí hay unos temas en los que se está muy avanzados, pero que falta por contagiarlos de vida real, en donde la gente se identifique.

Para cerrar, lo que vamos a hacer es segmentar, y no ser un Estado distante. Yo les he dicho a mi equipo “si llega un alcalde, que se vaya con la tarea hecha”, no se trata de que le digan “ahí está la guía, léasela”, no; “señor alcalde, cuándo nos reunimos con su equipo y le ayudamos”, por ejemplo, tenemos un tema con la página web para volverla accesible, para que las personas que tienen discapacidad puedan utilizar las herramientas, pero si solo le entregamos el documento, créame que no lo van a lograr.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Ahora, aterrizando a lo judicial, le quiero preguntar a la doctora Adriana, que, en gerencia este proyecto de transformación digital le corresponde administrar los recursos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para la Rama Judicial.

Doctora, sabemos que con esos recursos del crédito del BID se están financiando el 30% del total de lo que nosotros aspiramos, deseamos y soñamos en materia de digitalización de la justicia. ¿Qué podemos esperar de esta primera fase?, y ¿qué sigue?, ¿qué se requiere para seguir?



Adriana Herrera Beltrán

Gerente del programa para la Transformación Digital de la Justicia en Colombia

Como usted bien lo ha dicho, el crédito que se suscribió con el Banco Interamericano de Desarrollo es por 100 millones de dólares, y es solo el 30% del total que la Rama Judicial asignó al plan estratégico de transformación digital; esta primera fase del crédito, va del 2021 a 2025, que es el mismo período del plan estratégico de transformación digital, luego, el crédito está inmerso en ese plan estratégico y toda la transformación no solo va a depender de estos 100 millones de dólares, sino del total de los recursos de 1,2 billones que tiene prevista la Rama Judicial durante estos 4 años.

El primer año ha sido un año de ajuste y de planeación conjunta con el Consejo Superior de la Judicatura, ¿por qué? Porque el plan es muy grande, los componentes del crédito que tiene el documento Conpes en donde se reconoce la necesidad de la transformación digital del sector justicia. Fue necesario hacer un proceso que se llama de convergencia, entre lo que traía la Rama previsto de ese plan estratégico y lo que viene del documento Conpes; esa convergencia inicia en el 2021 y esa planeación debió ajustarse en el 2022, por cuanto son muchísimos recursos, son muchos grupos de trabajo al interior del Consejo Superior de la Judicatura y de las jurisdicciones a cargo de estos temas.

El principal reto, el cual se ha cumplido, es haber logrado esa planeación conjunta. Así, el gobierno del crédito no solo depende del Consejo Superior de la Judicatura, el gobierno del crédito que está determinado desde el documento Conpes tiene un comité directivo y

un comité técnico, que hacen que la comunidad ejecutora pueda operar las actividades de adquisiciones del crédito apuntando a los objetivos estratégicos del plan. Este comité directivo está integrado por el presidente y vicepresidente del Consejo Superior de la Judicatura, por la directora ejecutiva de la Administración Judicial y por los presidentes de las Altas Cortes.

Ese comité directivo del crédito es como la junta directiva de la operación de un negocio, que en este caso particular es el de la transformación digital de la Rama. ¿Qué hace ese comité directivo? Permite esa vinculación de las decisiones en materia tan trascendental como la transformación digital y la participación de las jurisdicciones en las decisiones.

Ese comité directivo designa unos delegados en un comité técnico que debe reunirse mensualmente, y que revisa el estado de ejecución de cada uno de los proyectos. Así es que se logra la vinculación de todas las áreas de la Rama Judicial para la toma de estas decisiones de transformación digital, razón por la cual, estas no son decisiones que van a llegar impuestas sin tener ese conocimiento y ese relacionamiento directo con las Cortes.

Ya hemos tenido siete comités técnicos de seguimiento en esta construcción de la planeación y de la alineación con el plan estratégico de transformación digital.

¿Y cómo va la ejecución del crédito financieramente? Se está iniciando con victorias tempranas, que no son de corto plazo, son entre el mediano y el largo plazo. Ejemplos como España 10 años, Francia 10 años. Reino Unido 7 años, con la ejecución de miles de recursos asignados hacen que, en el caso nuestro, el Gobierno nacional cuando toma la decisión de contratar el crédito, acepte esta primera fase.

Esta primera fase va de la mano de ese plan estratégico adoptado hasta el 2025, y tendremos una segunda y una tercera. Nuestro programa está previsto para 12 años y pues, se espera que el Gobierno, dependiendo de los resultados de esos cuatro años, continúe porque la transformación digital busca simplemente que los procesos judiciales hagan el tiempo justo para el servicio adecuado a la ciudadanía, independientemente de que tiene esos tres componentes del fortalecimiento de la Rama: el fortalecimiento de procesos de la organización de la estructura; el fortalecimiento de servicios digitales, y otro muy importante: el componente de cultura y gestión, que son temas fundamentales para una transformación digital.

Nosotros podemos traer todos los recursos, traer toda la infraestructura, traer todas las metodologías, pero si los servidores de la Rama, por un lado, y la ciudadanía no pueden hacer esa gestión interna de transformación digital, los recursos se van a quedar ejecutados, pero sin cumplir el objetivo final, que es tener en un servicio de justicia eficiente, eficaz y transparente. Por ello se debe tener unas victorias tempranas, y que los jueces no deban esperar 10 años a estos resultados.

Si bien el crédito no es para infraestructura, para computadores, redes LAN e internet, sí se necesita la infraestructura porque las deficiencias son muy grandes, y por ello se espera que durante el primer semestre 2023, se adjudiquen dos grandes procesos de redes LAN para 20 sedes judiciales a nivel nacional.

Apoyamos el plan sectorial, la elaboración del plan sectorial de justicia que se presentó ya al Gobierno nacional, con un consultor experto del BID y se construyó junto con el Consejo Superior. En dicho plan sectorial uno de sus objetivos estratégicos es que la transformación de la Rama Judicial haga parte claramente del Plan Nacional de Desarrollo en materia de la justicia.

Se espera que esta primera fase que termina en 2025, tenga unas adquisiciones con este proceso de planeación que hemos hecho este primer año, que no ha sido sencillo.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Usted ha mencionado algo muy importante, que es el tema de apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y ha mencionado la necesidad de educar al ciudadano en términos de uso de aprovechamiento de las tecnologías. Yo le agregaría que, y pues no estoy diciendo nada nuevo, todos lo sabemos y usted más que nadie, que el operador judicial es el primero que tiene que modificar su comportamiento y su actitud frente a las tecnologías de la información, porque lo vemos y lo vemos en este mundo nuestro, de los abogados y de los jueces especialmente, y es un poco la resistencia al cambio, el miedo a enfrentarse a lo que no es el expediente, los 18 cuadernos del expediente. Entonces ahí hay un trabajo muy importante por hacer.

Doctor Harvey Suárez, sabemos que la JEP ha desarrollado un proyecto que se llama Justicia más digital, que ha servido de referente para la comunidad de las tecnologías de la información, relacionado con la forma como se introducen las TIC en una organización, y en una organización de carácter judicial, y en una organización tan atípica e inédita como es la Jurisdicción Especial para la Paz.

A usted que le corresponde liderar todos los temas gerenciales de la JEP, pero puntualmente este de transformación digital. Cuéntenos un poco, ¿cómo ha sido esta experiencia?



Harvey Suárez
Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz

Voy a atreverme a tomarme unos minutos de la intervención para vincularlos más emocionalmente con el trabajo de la jurisdicción; es un video muy corto, de tal vez tres minutos, pero que creemos nos va a ayudar a identificar el grado de proximidad del trabajo de la jurisdicción y el proceso de la Justicia más digital, en relación a derechos concretos de personas de carne y hueso, a grupos, sectores que históricamente han esperado por décadas la respuesta de la justicia, que tanto se ha alejado de sus vidas.

Relato del video expuesto:

En el marco de justicia restaurativa, las y los magistrados de la JEP caminaron con fotografías de personas desaparecidas en el marco del conflicto armado [Música], el recorrido en honor a las víctimas fue desde la casa de la cultura de Marsella-Risaralda, hasta el cementerio del municipio.

Las víctimas llevaron faroles, cuya luz simboliza la búsqueda de las familias y su esperanza de encontrar a las y los desaparecidos.

La justicia se camina y hay que caminarla juntos, fue el mensaje de la Jurisdicción Especial para la Paz en el cementerio Magdalena por el Cauca, hizo una puesta en escena con flores blancas y moradas para representar a las mujeres buscadoras, mientras que las víctimas ubicaron faroles en una calle de honor que finalizó con las fotografías de las personas desaparecidas.

Gracias a las víctimas por su grandeza y su capacidad de sobreponerse al horror y de no dejarse convocar al olvido.

Doctor Harvey Suárez **Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz**

En justicia debo decir que buena parte de estos resultados, hechos concretos de carácter restaurativo, no se pueden lograr sin la construcción de confianza, credibilidad y legitimidad de una institución que por su función y misionalidad debe garantizar acceso a la justicia, por definición, acceso a la información y unos muy sólidos espacios de igualdad y no discriminación.

Las víctimas, en el sistema ordinario de justicia frente a crímenes atroces, han tenido que soportar laberintos burocráticos en los que su voz y su presencia han estado muy distantes de las decisiones, estos hechos restaurativos han tomado cinco años, de los cuales debo también decir que la doctora María del Pilar es artífice directo de todo este proceso.

La Justicia más digital ha sido, de manera muy temprana, como la jurisdicción entendió una necesidad estructural en la justicia, y es la toma de decisiones a partir de un ecosistema de información de gestión de conocimiento que les permita a las víctimas acceder a la información, a las instancias, a reconocer cuáles son los datos que se requieren y la representación judicial que mejor les conviene.

Ese proceso requiere de información muy a la mano y, para dibujarles un poco lo que pasó al inicio y lo que hoy tenemos, es lo que todos y todas hemos visto en el ámbito judicial, literalmente toneladas de papel, disperso, asistemático y muy difícil de leer. Esa fue la instrucción inicial del proceso que lideró la doctora María del Pilar y que me ha correspondido seguir, se trata de transformar esa cantidad ingente de información que es muy difícil de procesar, y que con mucha dificultad llega a las decisiones; pero el papel no fue lo único, los testimonios de las víctimas y como hoy sucedió, el reconocimiento de responsabilidad del secretariado, antiguo secretariado de las FARC, hoy presentó la jurisdicción el segundo avance. En ese reconocimiento, la imputación del antiguo secretariado de las FARC sucedió gracias a un proceso de justicia en el que el expediente digital, la analítica intensiva y la correlación de datos permitió, en un tiempo récord, y para otros tribunales internacionales, avanzar tan rápidamente.

No es posible, además, sin una solución; discúlpenme la situación muy técnica, a la medida lo que hoy tiene jurisdicción es un sistema, un ecosistema digital con más de 15 soluciones, casi todas ellas hechas a la medida de las necesidades de la jurisdicción. Ese proceso acorta tiempo, habilita espacios para lograr lo que usted mencionaba, ministra. La construcción de política pública estatal de paz pasa necesariamente con una construcción de conocimiento capaz de transformar tres aspectos, que nos pide el acuerdo final a la jurisdicción: aportar en la brecha de impunidad, aportar en la brecha de desigualdad y aportar en la brecha de exclusión. Esa es la función de la jurisdicción, las decisiones de la jurisdicción tienen que ir hasta allá, tienen que llegar a los territorios, lo que usted mencionaba, generar sanciones que no solo establezcan la privación de libertad de personas durante 40 o 50 años, que no le aportan en nada a las víctimas ni a las comunidades afectadas, sino sanciones que sean reales en términos de cierre de esa brecha de desigualdad de exclusión y sobre todo, la impunidad que es la línea directa de trabajo de la jurisdicción.

A partir de este proceso muy complejo que resumo, para efectos prácticos, hay un trabajo de mucha gente detrás y sobre todo de una apuesta institucional. Esta gestión de conocimiento de alta complejidad para decisiones, ojalá las más entendibles y prácticas.

Este trabajo ha concitado esfuerzos muy estructurados, y que creemos pueden ser compartidos con otras instancias judiciales y que, seguramente, mucho de lo que está sucediendo ya a pasos mucho más rápidos, puede ser un referente no solo en el país sino como se ve desde afuera como un referente para procesos similares, que requieren de una justicia pronta, de una justicia completa, de una justicia incluyente y de una justicia realmente restaurativa.

Esa apuesta es difícil, pero creemos que los avances son muy significativos y esperamos sean de utilidad también para otras instancias del Gobierno judicial.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

En términos prácticos, Harvey. ¿La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) cuenta hoy día, cuenta con el expediente digital?

Doctor Harvey Suárez

Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz

Sí. Tenemos un expediente completamente digitalizado, esas literales toneladas de papel, testimonios muy valiosos que se estaban perdiendo, hoy está digitalizado el acceso a la información a través de herramientas, insisto, a la medida permiten a todos los intervinientes tener la información de manera clara, oportuna, útil y segura, sobre todo la sensibilidad de la información que maneja la jurisdicción es una información muy delicada, muy sensible, que requiere unos resguardos absolutos de confidencialidad que le brindan certeza y confianza a las víctimas, a los apoderados, al Ministerio Público y en últimas, a todo el país, de que lo que está sucediendo en la jurisdicción pasa por un ambiente seguro confiable, y sobre todo ágil.

El expediente digital hoy es una realidad en la Jurisdicción Especial para la Paz, en un tiempo relativamente muy corto desde el inicio del pilotaje, hablaríamos de casi tres años y medio, que es un tiempo récord para procesos similares, sobre todo con la caducidad sino excusa en el término de la jurisdicción, el tiempo de la jurisdicción está establecido constitucionalmente, no podemos esperar un lustro o dos décadas a respuestas. Las respuestas deben ser mucho más inmediatas y el expediente digital sí existe en la jurisdicción.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Muchas gracias.

Doctora Sandra María González de Lara Mingo, visto el panorama en Colombia a nivel general, del Estado colombiano, la gestión administrativa del Estado y en la Rama Judicial, y en el poder judicial, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz. ¿Qué nos puede contar de la experiencia en España?, y concretamente en algo, en lo que ustedes, hablando de victorias de estos proyectos y estos sistemas, han sido muy exitosos y es en el tema de la descongestión judicial



*Sandra María González de Lara Mingo
Magistrada del Tribunal Supremo de España*

Quería darle en primer lugar las gracias a la doctora Ana María Charry por invitarme a participar a estas jornadas y permitirme compartir mesa con unas personas tan distinguidas y de tan alta calidad como todos los integrantes de este panel.

A continuación, pasaré a comentarles brevemente lo que estamos haciendo en España, de dónde venimos y hacia dónde caminamos.

La justicia en España, en las dos últimas décadas, ha sido una justicia que se ha inclinado hacia el tema de la digitalización. El paso que queríamos dar era el de suprimir el papel, como se ha dicho aquí, pero la digitalización de ese papel requiere que los expedientes se presenten de una manera digital, pero estamos intentando empezar a cambiar y a mejorar.

Nuestro sistema empezó con una Ley del 2011, que lo que estableció fue que se debía de proceder a ese proceso de digitalización y también a la presentación telemática de los de los escritos y las comunicaciones por los letrados. Sin embargo, uno de los problemas que afronta España, es que estamos organizados en Comunidades Autónomas y la justicia tiene transferidos los medios personales y materiales a las distintas comunidades autónomas. Esto nos originó un pequeño problema porque cada comunidad autónoma ha desarrollado su sistema informático. Además, la Ley del 2011, se preocupó básicamente porque los sistemas informáticos de las distintas comunidades autónomas tuvieran interoperatividad, es decir, que pudieran comunicarse los unos con los otros. Para eso se creó una comisión y cada una de las Comunidades Autónomas tenían su participación. Vale la pena mencionar que, por ejemplo, en la zona de Valencia el sistema de informática se llamaba Cicerón, y otras comunidades acogido el sistema Minerva.

Nuestro proceso de evolución en la digitalización ha ido avanzando, y en el 2015 este se organizó dentro de la administración de justicia, pues se dictaron unas normas modificando la Ley de Enjuiciamiento Civil en dos puntos muy importantes: por un lado, se estableció que las subastas judiciales podrían hacerse de manera electrónica. Por ejemplo, cuando se ha dictado una sentencia condenando a una persona a abonar una cantidad de dinero y el monto no la satisface, se procede al embargo y posterior subasta de sus bienes para poder satisfacer a la parte que ha obtenido la sentencia favorable. Desgraciadamente, en algunos casos, se advirtió la

presencia de una personas que se las denominó como subasteros, y quienes se especializaban en el tema de subastas, y cuyo objetivo era quebrar las subastas y obtener ellos el mayor beneficio posible, Ello, desde luego, atentaba en contra los derechos de la persona que había obtenido la sentencia favorable, y por eso se pensó que el sistema de subastas en línea daba mucha más transparencia y posibilidades de que participaran muchas otras personas.

También se estableció otro sistema muy importante que es Lexnet, es un sistema que pretende que las comunicaciones y las notificaciones que hacen las autoridades judiciales a los profesionales se haga de manera electrónica, las cuales se realizan mediante una aplicación informática que desarrolló el Ministerio, los abogados y graduados sociales, que es una categoría un poquito inferior en conocimientos a la de los letrados, o abogados que se encargan fundamentalmente de procedimientos en el ámbito laboral, pues todas las comunicaciones se hacen a través de correo electrónico que el profesional tiene que suministrar con una firma digital autorizada. Luego, todas las notificaciones se le remiten por este sistema. Poco a poco, se vio la bonanza de este sistema y se fue extendido a la abogacía del Estado y, posteriormente, también se extendió a la Fiscalía. Al verse las ventajas de este sistema, se fue ampliando su operatividad de tal manera que también podían remitirse escritos a los órganos judiciales, lo que permite un ahorro de papel, un ahorro de gastos en correo, y, además, facilita la inmediatez en la gestión judicial.

Llegados a este punto, este tipo de adopciones de medidas de digitalización también se extendieron en el 2015, a lo que es la administración, no solo a la administración de justicia, sino al resto de la administración, y particularmente en materia de digitalización, es la administración tributaria, de Hacienda, la que tiene los sistemas más avanzados y mejores con los que todos soñamos. Los jueces deseamos tener los mismos sistemas que tiene Hacienda, pero hemos seguido avanzando y un paso muy importante en la digitalización y en la transformación de la justicia lo ha supuesto la pandemia, un hecho tan triste, sin embargo, nos ha permitido darnos cuenta de que necesitábamos mejorar en nuestro sistema.

Así, nuestro Gobierno dicta una serie de leyes por las que se permitió la realización de juicios a través de videoconferencias para posibilitar, dado que estábamos cada uno en nuestras casas confinados, que la administración de justicia no se paralizara.

Actualmente les voy a comentar sobre el proyecto de ley, el que tiene nuestro gobierno planteado, que ya está en trámite parlamentario y por las distintas autoridades han emitido informes a los anteproyecto de ley.

Durante las dos primeras décadas de este siglo, hemos pasado de intentar suprimir el papel por la digitalización, pero ahora en nuestro Gobierno se pretende dar un paso más para sustituir ese expediente.

El PDF usualmente contiene información, un dato, lo que permite gestionar los expedientes de manera informática a través de lo que contiene aquel expediente. Entonces, este anteproyecto de ley lo que pretende es crear una plataforma de justicia a través de la que se dirigirán y se gestionarán todos los procedimientos judiciales. En esa plataforma de justicia, habrá una carpeta del ciudadano en la que cada abogado y también cada particular podrá acceder a su

procedimiento o a los procedimientos (si son varios) que tengan, mediante su firma digital, respecto de la cual, lógicamente se deberá comprobar que no acceda nadie que no sea más que la persona concernida. Así, se pretende que todos los escritos de los profesionales se presenten telemáticamente, que esa información sea gestionada telemáticamente.

Entonces, se proponen tres tipos de actuaciones: en un primer caso habrá un tipo de actuaciones que son mecánicas y que se pueden realizar directamente por el programa informático, como por ejemplo, puede ser el foliado de unas actuaciones, o puede declarar la firmeza de una actuación, se ha dictado sentencia, ha transcurrido el plazo, el cómputo del plazo para no recurrirla, nadie la ha recurrido, pues directamente el sistema informático puede declarar la firmeza; luego, está la etapa de actuaciones que se llaman proactivas, que lo que pretende es que el propio sistema informático envíe comunicaciones. Estas se les puede enviar a los abogados indicándoles que vence un plazo o bien al juez que le vence el plazo para dictar una resolución, o también, por ejemplo, en temas muy interesantes, como puede ser en materia penal, pues las comunicaciones de puestas en libertad que tiene gran relevancia, pues hay personas que están en prisión y vence el plazo en el que se les debe de poner en libertad, y si se tiene el apoyo informático para el cómputo de los plazos judiciales, facilita el trámite, sin que ello no suponga que este cómputo de términos no se controle posteriormente por el juez; o sea, es simplemente un apoyo informático.

Luego está la tercera de las partes de este proceso, que desde mi punto de vista es la más interesante, donde el propio sistema informático genera propuestas de resoluciones. En algunos casos, el trámite es muy sencillo pues todos nosotros seguimos unas leyes procesales. No conozco en profundidad su sistema, pero está convencido de que prácticamente va a ser igual que el nuestro: a una demanda hay que darle curso para que la otra parte pueda contestar esa resolución administrativa. Es muy sencillo que la genere el sistema informático, además no es necesario que haya un profesional que teclee todos los datos para poder generar una decisión o pronunciamiento, y no es necesario, que luego esa resolución se imprima o se fotocopie, se meta en un sobre y se mande a notificar a la persona interesada. Se pretende que todo este trámite, ayudados por la inteligencia artificial, lo genere el propio sistema informático en este sentido.

Otra de las de las cuestiones importantísimas es que si todo el expediente va a estar informatizado y se va a gestionar de manera informática, que va a ser el propio programa el que va a generar la respuesta, es muy importante que el expediente deje una traza de quién ha creado el documento, quién lo ha modificado y quién, en su caso, lo haya podido borrar, para precisamente asegurar la efectividad de este sistema; todo esto, por supuesto, siempre bajo el control y la supervisión del órgano judicial.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Ministra, sabemos también que no hay herramienta ni plataforma, ni sistema, ni ecosistema digital que sirva y funcione si no tenemos conectividad, y me refiero a las poblaciones más apartadas de nuestro territorio nacional, donde al Estado se le dificulta llegar, y por supuesto,

a la justicia; cuando me refiero al Estado, digo a través de todas sus herramientas y también la de las tecnologías de la información. Entonces, la hemos visto a usted muy activa en este tema de conectividad y quiero que nos cuente, muy concretamente, ¿qué podemos también esperar los servidores judiciales que añoramos tener una justicia digital?, y que, de hecho, como lo mencionaba Sandra en España, aquí en Colombia también sucede: tenemos sistemas, cada corporación cuenta con sistemas propios que han avanzado a partir además de la de la pandemia en el caso del Consejo de Estado, con el sistema Samai, que nos salvó la vida y le salvó la vida al Consejo de Estado en pandemia y del que nos estamos beneficiando actualmente, pero la dificultad de llegar a estos territorios, lo mismo en la JEP, las víctimas están en la mayoría de los casos, están en esos sectores donde el Estado no ha llegado y no puede llegar. Entonces, ¿qué nos puede contar?

Doctora Sandra Milena Urrutia Pérez
Ministra de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones de Colombia

Efectivamente esa es la gran tarea y un reto bien interesante, pues se ha encontrado un país desconectado.

Dependiendo de la fuente, el dato de cómo estamos de desconectados, varía. Si se acude a la fuente del DANE, correspondiente a la Encuesta de hogares del año 2021, el porcentaje de penetración de conectividad en hogares está por el orden del 65 %, que es muy bajo, pero si uno ve la ruralidad está se encuentra en el 28,9 %. Entonces el reto es enorme.

Si se acude a la fuente de datos de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), mide por dispositivos, se encuentra que una persona puede tener más de un dispositivo, por lo que la conectividad sube al 70 %, pero igual, la brecha es muy grande en la ruralidad.

Ha habido proyectos maravillosos del Estado en gobiernos anteriores, pero se termina el gobierno, se acaba la financiación, y ese error no se quiere repetir. Es por ello, que se busca proyectos en donde se pueda focalizar el despliegue de infraestructura. Afortunadamente, el 70 % del espectro radioeléctrico en cuanto permisos de los operadores móviles, vencen entre el 2023 y el 2024, por lo que deben renovarse los permisos. Eso va a permitir contar con nuevos recursos y genera nuevas obligaciones a los operadores derivadas de esos permisos de uso.

A partir de la analítica de datos y con la información que se dispone, sin contratar a nadie ya se tiene un plan de conectividad. Este consiste en focalizar el servicio en donde están los usuarios, porque no se puede hacer despliegue de infraestructura, en donde el impacto sea mínimo, por cuanto es un uso ineficiente de recursos escasos.

Entonces, con la analítica de datos se estableció que la demanda no está en Nariño, Amazonía, Orinoquía, ni en el Guainía. La demanda se concentra en la zona andina y sin llegar a La Guajira. Entonces, en esas zonas donde no hay demanda alta, los operadores móviles van a tener obligaciones de hacer. En este momento la valoración del espectro, se está realizando a través de la ANI.

Aquí, como en los procesos de implementación de temas de transformación digital, no podemos tener una única solución de conectividad porque hay que ver las particularidades. No es lo mismo conectar a La Guajira, que conectar al Amazonas por dos condiciones particulares: una por donde está el territorio y otra por las condiciones climáticas. La selva no la podemos llenar de fibra, porque la selva vive inundada en ciertos periodos del año; tienen una alta densidad de humedad y en esa medida, se deben buscar otros tipos de soluciones, como puede ser la opción satelital.

Ya tenemos la idea general, ahora viene la filigrana, pero tenemos tiempo porque el Plan Nacional de Desarrollo nosotros tenemos que presentarlo al Congreso de la República el 7 de febrero para que sea ley de la República del 7 de mayo; sin embargo, no nos hemos quedado quietos, ya tenemos la estrategia de cómo será esa conectividad, buscando que los despliegues de infraestructura que llevemos se sostengan en el tiempo, para eso hemos dicho de conectar con un propósito, no solo llevar tecnología llevar la infraestructura, sino que aquí vienen tres temas bien importantes, que son la transformación digital de cualquier entidad sea grande o pequeña, que es primero infraestructura; segundo, soluciones a la medida; tercero, apropiación, aquí hay que capacitar a las personas para mostrarles utilidad.

Otro tema bien importante es usabilidad, y para la usabilidad, ¿qué necesito? Segmentar. Por ejemplo, un activo digital lleva una delantera, pues conocen ya las aplicaciones, ese es su mundo, pero las personas menores de 40, o los que estamos por encima de los 40 necesitamos alfabetización digital. ¿Qué necesitamos?, que nos enseñen lo que es práctico para mí. ¿Cómo yo le veo la utilidad ahí? Ese es el trabajo que estamos haciendo, una construcción de conectividad no solo de despliegue de infraestructura sino un tema más de una visión Global, en donde logremos esos cuatro componentes, con esa apuesta creemos que en poco tiempo vamos a lograr tener la conectividad que queremos con un tema más adicional y revisar velocidades.

Siempre que me siento con el doctor Édgar me dice: “Y bueno, ¿la calidad de los usuarios? Hay mucha queja de los usuarios, ¿qué pasa que no tenemos la conectividad que merecemos?” Pues doctor Édgar, es que las velocidades son de cinco, de diez, eso es muy bajito, eso no puede ser un tema productivo. Si yo soy empresaria y yo vendo café y voy a estar cerrando un negocio por Internet, pero se cae la comunicación, pues, ese cliente desiste. En esa medida vamos a mejorar velocidades, para eso focalizar.

Nos comprometimos ya con que vamos a conectar en un 85 % al país, o sea, la verdad hay muchas oportunidades, el panorama es muy alentador ¿Qué es lo que tenemos?, un reto, el reto del tiempo, porque esto toca hacerlo muy pronto y pues, adicionalmente tener la formación y la tranquilidad de poder incluir a todos los actores para que esta apuesta sea exitosa.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Ojalá todo esto se pueda cumplir, ministra, y que finalizando el gobierno sea una realidad ese 85 % que deseamos todos los colombianos, no solamente en el servicio de Justicia, sino en

todos los servicios que ofrece el Estado, y eso en materia de conectividad; pero tampoco es un secreto y voy a referirme puntualmente a la Rama Judicial y al Poder Judicial, y hacer una afirmación desde lo personal y es, la justicia y el sector justicia ha sido como la Cenicienta en todos estos temas de transformación y de recursos públicos para el mejoramiento; lograr la verdadera eficiencia de la justicia y que la justicia llegue al ciudadano, que el derecho al acceso, al servicio de justicia sea una realidad para todos los colombianos.

Entonces, doctora Adriana, aprovechando la presencia de la doctora Sandra, y si nos imagináramos, por ejemplo, que el ministro de Hacienda estuviera también aquí sentado, ¿usted qué le diría al Gobierno?, ¿qué se requiere para que la justicia en Colombia realmente sufra una transformación a partir de la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones?

Adriana Herrera Beltrán

Gerente del programa para la Transformación Digital de la Justicia en Colombia

Es necesario mantener los recursos que han sido previstos, al menos, no solo para esta primera fase que vence en el 2025, sino para el futuro, para las otras dos fases del proceso de transformación, que se debe trabajar de la mano de la Rama Judicial, sin desconocer su independencia y autonomía frente al Gobierno nacional, en estos temas. Por eso, esa vinculación entre el Consejo Superior en representación de la Rama Judicial, el DNP y el Ministerio de TIC en materia del plan sectorial de la Rama, es muy importante mantenerla, pues allí se hizo el plan sectorial con sus cinco objetivos estratégicos, que como se mencionó, el segundo es un gran objetivo con muchísimos recursos previstos, que ojalá sean asignados en los presupuestos anuales por parte del Gobierno nacional. Esta tarea de construcción se hizo con la participación de muchos de los servidores de la Rama, de abajo hacia arriba, lo cual es fundamental que el Gobierno nacional lo tenga en cuenta, igual en materia de conectividad, pues se tienen juzgados en todos partes del país y el tema de la conectividad es también fundamental para la Rama Judicial.

Harvey Suárez Morales

Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz

El reto fundamental es lograr consolidar un presupuesto muy sólido que le fue establecido a la Jurisdicción. Por primera vez se tiene un presupuesto a tope, al que el Gobierno nacional le está dando todo el respaldo a la justicia transicional restaurativa. En ese sentido, debe activarse un círculo virtuoso muy estructurante de lo que viene, los retos más grandes en lo que sigue es la implementación de las sanciones propias y una serie de macro procesos que engloban en gran manera los términos de los procesos étnico territoriales; la afectación a pueblos indígenas, los casos de violencia sexual y violencia basada en género, el macro caso FARC, que recoge aquello que no está en secuestro y el macro caso fuerza pública y paramilitarismo, es decir, entramos en segunda fase en esa materia.

Aquí el número de víctimas, los territorios y los procesos judiciales se van a incrementar y a densificar, es en este punto donde el uso adecuado de estos recursos pasa por una

revisión de la propia práctica judicial de la jurisdicción, porque de alguna manera, y como se entenderá, son 38 despachos con autonomías y maneras de hacer las cosas que requieren estandarizaciones, que requieren más allá de lo formal de un procedimiento, requieren de una revisión de la práctica para acortar los tiempos de respuesta para garantizar a través de la tecnología; en este caso, de analítica intensiva y profunda los nuevos macro casos que van a exigir y mucho más de lo que ya se ha obtenido en este momento.

En ese orden de ideas, la tarea pasa por esa reconceptualización de la práctica judicial, el uso intensivo de las tecnologías, mayores procesos participativos y la necesidad de una rendición de cuentas, que dado que por primera tenemos el presupuesto a tope, implica garantizarle al Ministerio de Hacienda, a la Contraloría y al alto gobierno, que los recursos están siendo efectivamente ejecutados y que los procesos de impacto en justicia restaurativa son reales y concretos, además de un apoyo de la comunidad internacional que en estos temas de tecnología también ha sido muy valioso y que esperamos se refuerce.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Pero cuando usted dice “presupuesto a tope” es porque es la cuota que fija el Ministerio de Hacienda. Entonces, la cuota que fijó el Ministerio de Hacienda —digamos que aceptó por la propuesta de la Jurisdicción Especial para la Paz, es lo que yo me estoy imaginando—, es lo que usted dice como presupuesto a tope; pero no es que estén ya garantizados todos los recursos de aquí en adelante para la sostenibilidad del sistema, entonces, en ese orden de ideas, doctora Sandra, si usted quiere contestar está bien, y si no, pasamos y será objeto de conversaciones posteriores, pero si también quiere darles alguna respuesta o esperanza, se lo agradecería.

**Doctora Sandra Milena Urrutia Pérez
Ministra de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones de Colombia**

Bueno, voy a dar una respuesta políticamente correcta.

Eso no es de mi competencia, pero en este Gobierno del Cambio, sí se quiere dejar una voz de esperanza para el presidente Gustavo Petro y para todos nosotros que estamos en este sueño de consolidar la paz en Colombia.

El tema de justicia como el tema de transformación digital, es importante, y el tema de lo que pide cualquier ciudadano, es que se sepa la verdad, que haya esa reparación. Ya no estamos para retaliaciones, lo que estamos es para la verdad y la construcción de la paz.

Lo fue muy bien con la reforma tributaria, con estos recursos creo que se logró a pesar de que estamos en un momento difícil, un momento en donde la economía a nivel mundial está muy afectada. Hay muy buen ambiente como lo decía Adriana, nuestra tarea como Gobierno nacional, es un cambio y el cambio ustedes lo están viendo en la construcción del Plan Nacional de Desarrollo que, por primera vez en la historia un Plan Nacional de Desarrollo no sale desde Bogotá, con 1.000 páginas, sino que salió de los diálogos vinculantes con la

región, en donde la voz de la gente, es la voz que se está recogiendo en ese Plan Nacional de Desarrollo.

Eso nunca había pasado, que nos fuéramos todos en una figura bien bonita que es la de madrinas y padrinos, ¡vaya compromiso que nos tenemos cada ministro! y lo que hicimos allá fue precisamente recoger ese sentir para poder consolidar las bases del plan y que salga más aterrizado a la vida real; en esa medida, hay otro cambio importante y es que estamos hablando de eficiencias, ya tenemos las bases, ¿ahora qué estamos haciendo? Que los planes no sean repetir, porque hay muchos planes de transformación digital, por ejemplo, las TIC, es una palanca transversal para el agro, para la salud, para un tema de emprendimiento y también para la justicia. Si dejamos cada uno que cada entidad haga su parte, pues, lo que pasa es que estamos logrando ineficiencia.

¿Cuál es la tarea ahora de nosotros como ministros? Articularnos para que no sean planes individuales, por eso, yo estoy en el plan con justicia, todo lo que sea transformación digital lo estamos trabajando para lograr eficiencias. En esa medida, hay esperanza.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Para terminar, doctora Sandra, muy concretamente y en pocas frases después de escuchar un poco nuestra realidad y vista la experiencia que ustedes tienen en España.

¿Qué consejo le podría dar usted a la justicia colombiana en términos de transformación digital?

**Sandra María González de Lara Mingo
Magistrada del Tribunal Supremo de España**

Bueno, yo creo que la justicia colombiana está en muy buenas manos porque tienen ustedes unos profesionales grandísimos; y si debiera de dar alguna sugerencia, pues daría la misma que en muchos foros he dado en mi país.

Aunque saben ustedes que Casandra era una agorera que veía el futuro, se lo decía a los griegos, pero no le hacían caso, entonces, mi propuesta siempre ha sido la misma, que se tiene que incluir el uso de la inteligencia artificial para la tramitación del procedimiento que se haga de manera informática. Con eso, se avanzaría muchísimo en la rapidez. O sea, estamos hablando de que el propio sistema informático genera la siguiente resolución hasta llegar a un punto, que es el de dictar sentencia, en la parte de sentencia lógicamente ahí ya no se puede. Entonces mi consejo, que es el que he dado en mi país cuando he hablado con la ministra, con el secretario de Estado —pero ya les digo, que de momento estamos en la fase de anteproyecto de ley—, es el uso de la inteligencia artificial para que el proceso no sea solo digital, sino que además se vaya gestionando el mismo.

Ustedes imaginen lo que es, por ejemplo, una sentencia que se dicta y cada recurso de apelación, supongo que aquí tendrán un recurso similar o casación, el funcionario informáticamente dice o el propio sistema informático, dice, hay un recurso de apelación, hay que mandarlo a tal sitio, e inmediatamente está en la audiencia provincial en Madrid o en el Tribunal Supremo

en Madrid. Informáticamente se registra, se reparte a la sección correspondiente y se genera la siguiente propuesta de resolución, todo eso en cuestión de 10 segundos.

Es que la justicia, una de las principales manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, este es el futuro de la justicia.

Doctora María del Pilar Bahamón Falla, magistrada del Consejo de Estado de Colombia - Sala de Consulta y Servicio Civil:

Yo creo que el propósito lo hemos cumplido, y es mostrar un panorama general de cómo estamos en términos de transformación digital y bueno, nos vamos con muchísima esperanza para la justicia, para la Rama Judicial y para la Jurisdicción especial para la Paz.

Globalización y su incidencia en la buena marcha de la administración pública

Yves Struillou

Consejero de Estado de Francia

La perspectiva de mi intervención se orienta a la interacción entre la globalización, las funciones consultivas y la actividad profesional. Esta interacción de funciones la ejercí por un periodo como inspector de trabajo, pero también cumpliendo con mi función consultiva y jurisdiccional, en el ámbito de las normas laborales de carácter individual y colectivo. En este ámbito jurídico del derecho laboral existe una jerarquía de normas entre leyes y decretos que en mi país ha tenido una importante evolución y es sobre este tema que orientaré mi intervención.

Para los años 80, las negociaciones colectivas laborales que se hacían eran unas 1.800 al año en las empresas del sector industrial o comercial. Hacia los años 2000 se tenía un volumen de acuerdos o negociaciones colectivas, aproximadamente similar por cada sector. Para el año 2019, antes de la crisis por el covid se tenían un volumen de acuerdos muy similar a nivel sectorial, pero a nivel empresarial este volumen había aumentado. En efecto, para los años 80, los acuerdos colectivos en las empresas eran de unos 1.800, pero para el año 2011, estos habían aumentado aproximadamente 33.000. Estos acuerdos eran negociados y firmados por líderes sindicales que tenían un mandato legal de la organización sindical. Es así como, para el año 2019, teníamos unos 1.930 acuerdos firmados por referéndum en el seno de las empresas. Así, el contexto normativo laboral debió ajustarse a partir de los acuerdos por sectores industriales, profesionales y de empresa, así como por los acuerdos o pactos sindicales.

De esta manera, el sector público sobre el tema pasó de ser de una negociación de alcance municipal o regional a uno de carácter global. Y de un modelo de flexibilidad unilateral y externo, a un sistema de flexibilidad multilateral e interna, en donde tanto el empleador, como los trabajadores, luego de negociar internamente y de consultar con su organización sindical, definen la flexibilidad laboral que la empresa requiere.

Así, la empresa antes contrataba a las personas por termino fijo, y si había baja actividad de la empresa, esta despedía a los trabajadores en la cantidad requerida. Así la consecuencia de la flexibilidad externa lleva a periodos de desempleo largo, siendo esta una consecuencia de la globalización. Este tipo de reemplazo laboral se dio a consecuencia de los pactos colectivos y la globalización.

Ahora, una flexibilidad interna que juega sobre todas las variables del trabajo, como el salario, la formación profesional, la organización del trabajo y todo lo que está alrededor de la relación laboral. Esto se hace con el fin de que la empresa haga parte de la relación laboral conservando y adaptando su organización de trabajo y evitando los despidos masivos en periodos de baja actividad económica.

Si bien se logra llegar a esta evolución laboral, se presentan obstáculos de orden jurídicos, y otros también, de relacionamiento social, y comportamiento laboral, y de la propia cultura francesa que pueden crear más conflictos en la negociación.

Frente a estos obstáculos jurídicos, la función consultiva y jurisdiccional del Consejo de Estado trabajan conjuntamente.

Así, la primera dificultad jurídica que se advierte es el artículo 34 de la Constitución, que establece el marco jurídico laboral a partir de la ley y el reglamento. No hay espacio para la convención colectiva ni a la negociación colectiva. Esta es una visión tradicional de la jerarquía normativa en donde la negociación, el reglamento y el acuerdo colectivo no están articulados con la ley.

Es aquí donde el Consejo Constitucional en Francia ha jugado un papel importante, pues a partir de una de sus decisiones permitió que los legisladores cambiasen los decretos o las negociaciones colectivas para precisar las modalidades de la aplicación de las reglas laborales fijadas, especialmente en el ejercicio del derecho a la huelga.

Esto llevó a que la Jurisprudencia del Consejo Constitucional, a que el derecho, el reglamento y la negociación colectiva tuviesen la misma jerarquía. Esto ha permitido abrir un campo a la negociación laboral.

El Consejo Constitucional se apoyó en un punto en la Constitución de 1910, en la que los trabajadores participan a través de un representante, en la definición de sus condiciones de trabajo. Para ello, el Consejo Constitucional combinó el preámbulo de la Constitución con el artículo 34, para así lograr avanzar en la negociación colectiva.

Otra decisión importante del Consejo Constitucional les dio la posibilidad a los legisladores de negociar convenciones colectivas, en tanto, sus elementos están incluidos en el núcleo de la relación de trabajo y en el límite del orden público y lo social. Fue así como en una decisión del 6 de agosto de 2016, que los legisladores pudieron modular la regulación del derecho a la huelga que está regulado por la Constitución. Esta posición estaba dominada por la posición de la Rama, por lo que se cambió el centro de la discusión a las cortes de empresas para dar más espacio de interpretación, y dar cabida así, a la aplicación del principio de favorabilidad.

La tercera decisión del Consejo Constitucional es la aplicación del principio de favorabilidad, que no tenía valor constitucional, pues no estaba reconocido por el gobierno. Este principio se puede interpretar así: que la norma convencional negociada a nivel inferior no podía reconocer al asalariado y no podía estipular nada en favor del trabajador.

El Consejo Constitucional dio luz verde a la aplicación de este principio de favorabilidad.

Por otra parte, se encuentran las consideraciones sociales. A veces es más fácil definir favorablemente a los asalariados, pero si hablamos de un tema cotidiano, como las horas extras, pero si bien aumenta la duración del tiempo laborado, el poder de consumo aumenta particularmente cuando se tiene un salario bajo.

Por otra parte, de la remuneración suplementaria, que es parte de la convención colectiva, se decide lo que sea más favorable según la convención colectiva y los acuerdos denominados de forma no jurídica como, por ejemplo, el aumento del presupuesto que se le da a la formación profesional, consideraciones que están en el Código de Trabajo.

Hoy en Francia se tiene un código de trabajo francés en el que se regula, de una parte, la organización del trabajo, de otra, la representación del trabajador, y la otra, la estructura laboral. Esto plantea la regulación laboral triple.

Las políticas laborales y las particularidades que son importantes en la negociación de la labor, son aspectos relevantes entre las funciones consultivas y las funciones de relación del director de general de trabajo.

Matías de Sainte-Lorette

Magistrado Letrado Mayor del Consejo de Estado de Francia

El tema que propuse hoy para este panel es la fiscalidad frente a la globalización y a la digitalización de la economía, teniendo como ejemplo la integración en el derecho francés de las reformas fiscales de la organización por la cooperación y el desarrollo económico la OCDE. El tema es un pretexto para mirar cómo la función consultiva se enfrenta con la multiplicidad de las normas aplicables.

En este marco me pareció interesante observar el papel de la OCDE en la evolución del derecho fiscal internacional en los 15 últimos años, pues es el papel del Consejo de Estado francés cuando se trata de integrar en el derecho positivo las reformas propuestas para esta organización.

Esta presentación también tendrá como enfoque las relaciones entre esos diferentes niveles de normas, sea la norma internacional, la norma nacional, y en caso de un país como Francia, miembro de la Unión Europea, los tratados europeos y las reglas del derecho secundario de la Unión Europea.

Aquí no basta con presentar la OCDE su papel, sobre todo aquí en Colombia, que como muchos saben, se convirtió oficialmente en los 37 miembros de la organización del 28 de abril de 2020, concluyendo un proceso de adhesión que había empezado en el 2013.

Durante décadas hay que recordar que la tributación internacional tenía una presencia muy pequeña y muy escasa en el derecho positivo francés, pues su participación se traducían más que todo con los tratados de tributación firmados entre países. Estos tratados podían ser inspirados más o menos por uno de los modelos de acuerdo que prepara la organización de soluciones o la OCDE, y el papel era negociar esos modelos, hacer comentarios, consolidar varias versiones y actualizarlos. Y cada vez que un tratado de doble tributación se firmaba o se modificaba por parte de Francia, y antes que el parlamento pudiera autorizar la ratificación de ese de ese acuerdo, le tocaba al Consejo de Estado analizar ese tratado, y elaborar un dictamen acerca de él. En ese momento su tarea era bastante simple: era averiguar si la ratificación de ese tratado requiere o no una ley en estas materias, lo que se debía hacer sin duda alguna, pues el artículo 53 de la Constitución francesa dispone que «[...] no podrán ser ratificados ni

aprobados sino en virtud de una ley los tratados y/o acuerdos que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa».

Y el artículo 34 de la Constitución dispone, como materia legislativa, la base, el tipo y las modalidades de recaudación de impuestos de toda clase. Así, la materia tributaria es claramente de naturaleza legislativa y un tratado tributario debe aprobarse por una ley.

También la Sala de Finanzas del Consejo de Estado debe asegurar que las disposiciones del tratado estén conformes con las normas de nivel superior; entre otras, la Constitución francesa. Pero, de hecho, en muchos de los casos no había mucha dificultad. Por cierto, un tratado fiscal otorga un tratamiento singular en cada caso que es fruto de una negociación entre países. Así, un tratado puede romper la igualdad entre contribuyentes. Pero el consejo constitucional siempre dejó en claro que el principio de igualdad no se opone ni que al legislador regule situaciones distintas de manera diferente, ni a querer que haya igualdad por razones de interés general. En ese contexto, un tratado tributario trata de manera diferente a los contribuyentes en diferentes situaciones y la diferencia del trato resultante está directamente relacionada con el objeto del tratado. Además, esos tratados eran muy parecidos, gracias a que se inspiraban en los modelos propuestos por la OCDE, o a veces, por algunas cláusulas del modelo de la ONU, así que el papel era de vez en cuando muy parecido.

Pero esa función, ese funcionamiento tradicional se ha modificado fuertemente a partir de la crisis financiera de 2008 y con el impulso de la OCDE, al hacer propuestas para el fortalecimiento del sistema financiero internacional pasando por el área tributaria, como una manera de fortalecer ese sistema. Así, tomaré dos ejemplos de reformas que sé que se introdujeron en el derecho francés y que tenían como origen la OCDE.

La primera era la inserción de una cláusula antiabuso en el impuesto de sociedades. Este ejemplo es interesante por cuanto es una reforma originada en la OCDE, que ha sido integrada en la legislación de la Unión Europea, transformada, y luego se impuso al legislador francés, para integrarla en su propio marco jurídico.

Sin embargo, en su primera etapa, en las discusiones de la OCDE entre 2013 y 2015, en el marco de un plan de acción de discusión sobre la base imponible y traslado de beneficio, denominado BEPS. En la segunda etapa, la Comisión Europea decidió proponer una directiva europea para integrar en la legislación de todos los países esas propuestas hechas por la OCDE, por la que será la directiva del 12 de julio de 2016, por la que se estableció una norma contra las prácticas de revolución fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. El artículo 16 de esa directiva, la cual creó una norma general contra las prácticas abusivas, y disponía que, a efectos de cálculo de la deuda tributaria, en concepto de impuestos sobre sociedades, los Estados miembros no tendrían en cuenta ningún mecanismo, cuyo propósito principal, o uno de sus propósitos principales, sea la obtención de una ventaja fiscal.

Lo interesante es que pasamos de una cláusula que tenía que integrarse en los tratados tributarios, a una norma que tenía como objeto volverse norma interna, en el derecho

francés, italiano, español, de todos los países. Y en esta segunda etapa, lo que era siempre una recomendación de la OCDE se transformó en norma obligatoria.

¿Cuál fue entonces el papel de la tercera etapa? La integración de derecho francés, pues cuando hay una directiva europea los países deben integrar esa directiva en el derecho nacional. Francia lo hizo con la ley de finanzas para el año 2019 y el Consejo de Estado tuvo que estudiar esas propuestas en el mes de septiembre del 2018, con la creación de un nuevo artículo en el código de impuesto.

Así, ¿cuál podría ser el control del Consejo de Estado con esa nueva cláusula? Las normas superiores, claro, ese es nuestro primer papel. Respecto a las normas europeas, eso se podría decir bastante claro, pues teníamos una norma europea que estábamos respetando y se estaba haciendo uso literal de la nueva cláusula antiabuso, y en ese caso no se puede incluir la norma francesa respecto a los tratados, sino que la directiva se establece como una protección entre la Ley Nacional y los tratados convencionales.

También se tenía que preguntar el control de la conformidad con la Constitución francesa. Pero en ese caso, como nos encontrábamos en transposición de una directiva, teníamos que tomar en cuenta que el Consejo Constitucional decidió, a partir del 2004 que su propio control de las leyes de transposición de directivas estaba sometido a una doble limitación, pues la transformación directiva no podía ir en contra de una regla o principio inherente a la identidad constitucional de Francia, y también se sancionaría una disposición extraída manifiestamente incompatible con la directiva.

Entonces, en ese marco, lo que podía controlar el Consejo de Estado era muy poco, pues era buscar si había un principio inherente a la tradición cultural francesa en ese marco. Sin embargo, el consejo ya había dejado claro, un año antes, que no era el caso y también se tenía que preguntar si se había hecho correctamente la transposición, pues la transposición que se hizo era una transposición casi literal, donde todo lo que estaba en la directiva se encontraba en la ley. Entonces, vemos con ese ejemplo, que con la integración de la Unión Europea eso cambia la manera en el cual el control de la función consultiva puede desarrollarse cuando tiene que tomar un texto.

Acabaré con el segundo ejemplo, que es el del impuesto sobre los servicios digitales. Este ejemplo también tiene como origen trabajos de la OCDE, pero, contrario de lo que dije con el ejemplo anterior, en la OCDE si bien se dijo que la digitalización de la economía planteaba retos importantes, en este momento no hubo acuerdo entre los países miembros de la OCDE, pues en este tema no hubo acuerdo.

Francia, junto con otros países europeos, le pidió a la Comisión de Bruselas que elaborara propuestas legislativas, y entre otros, que hiciera una propuesta directiva para construir un impuesto europeo sobre servicios digitales, en la forma de un impuesto sobre el volumen de negocios, pero no un impuesto sobre los beneficios. Esa directiva que tenía que ser temporal, pues nunca se aprobó, porque también, como dije, era un tema que no era consensual ni a nivel mundial ni al nivel europeo.

No obstante, Francia, a diferencia de otros países como España, no esperaron el final de la negociación, que se veía como mal estructurado, decidió continuar por sí mismo y proponer una ley para un impuesto nacional sobre los servicios digitales. Fue una ley propuesta al parlamento el 6 de marzo de 2019, la cual se presentó al Consejo de Estado. Y en decisión de la Asamblea General del 28 de febrero de 2019, ese dictamen que fue publicado, permite señalar que el Consejo de Estado se pudo pronunciar sin tener por encima una directiva europea o internacional, por lo que podía ejercer su pleno control, pues era una norma nueva, completamente diferente de lo que se había hecho antes en materia tributaria. Tenía que averiguar si las empresas de servicios digitales tenían características propias que justificaban la creación de este impuesto específico, y el Consejo de Estado consideró que se tenía la intención de someter a impuestos específicos, aquellos servicios digitales cuya creación de valor se basa de manera decisiva en la actividad de los usuarios ubicados en territorios francés, en particular, en la explotación de los datos que generan, y añadió que al apuntar a las empresas más grandes, el proyecto del Gobierno, al igual que la propuesta de directiva, tiende a restringir el alcance del impuesto a las empresas cuyos servicios digitales, incluidos en el alcance del proyecto de ley, son ampliamente utilizados en todo el mundo como en Francia.

Así vemos cómo el Consejo de Estado utilizó el proyecto de directiva, aunque no había sido adoptado como un ejemplo del razonamiento que la comisión europea y la OCDE había seguido, cuando la OCDE sí había hecho un análisis económico de lo que era la economía digital y lo que eran los retos de esa economía.

De esta manera, el legislador francés y el Consejo de Estado tomaron en cuenta de manera clara, más que implícita, esos trabajos de la OCDE que no habían concluido con una norma, pero sí permitió la creación de una norma por cuenta del Estado francés, y permitió que el Consejo de Estado tuviera en cuenta al analizar y confrontar la ley con el marco de los tratados de la Unión Europea, con el fin de analizar la presencia de una eventual discriminación. Así, el Consejo de Estado al hacer dicho análisis normativo pudo establecer que la gran mayoría de las empresas eran susceptibles de ser sujetas al impuesto, no prestaban servicios sujetos a imposición tributaria imponibles desde Francia, sino desde otros estados miembros.

Aquí también, para el Consejo de Estado, el análisis económico adelantado por la OCDE fue importante pero no fue el único factor clave, pues del análisis hecho por el Consejo de Estado, se pudo establecer que dichas empresas de servicios digitales se beneficiaban de importantes efectos de red, por lo que el proyecto de impuesto afectaba mayoritariamente a contribuyentes no nacionales, en consideración a la capacidad de pago que estos tenían debido a la escala de su actividad, por lo que su situación no era equiparable a lo de los pequeños operadores.

Tampoco ocultó el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no había reconocido hasta la fecha, que una diferencia de poder económico se podría justificar en que las empresas no sean consideradas en nuestra situación objetivamente comparables con respecto a las grandes libertades económicas del tratado. Sin embargo, el Consejo de Estado demuestra que el tamaño de las empresas, en este caso, es una determinante esencial del modelo económico y vista la capacidad de pago que se pretende gravar y la fijación de una carga impositiva elevada, llevó a la Comisión Europea a conservar dichos umbrales en su propuesta de directiva.

Así que en algunos casos la función consultiva no tiene una jurisprudencia completamente clara y aplicable, por lo que es necesario que la función consultiva haga un esfuerzo en el que trate de imaginar cómo la jurisprudencia va a evaluar, y tiene que admitir el Gobierno cuál es el marco jurídico actual, pero incluso para poder adaptar nuestros análisis tradicionales en ese mundo más globalizado y más digitalizado, y con eso vemos que ahora hay muchas reformas de la OCDE que se tomaron en el 2021 que van a ser mucho más globales.

Sandra María González de Lara Mingo
Magistrada del Tribunal Supremo de España

En mi intervención anterior, he hablado de cómo el Ministerio de Justicia pretendía implementar una serie de medios tecnológicos para conseguir que la administración de justicia funcionara, y el presupuesto previo para conseguir que la administración de justicia funcione es la recaudación de impuestos para tener medios económicos para poder sufragar estos costes.

Yo estoy especializada en el ámbito del derecho tributario, y a continuación, les voy a hablar, o mi tema va a ser, comentarles el principio de buena administración, cómo ha sido recibido en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el objetivo de controlar que la administración tributaria, que tiene una obligación fundamental, que es la de conseguir medios económicos para que el país funcione y poder dotar a las instituciones, no solo a la de justicia sino a todas las demás instituciones de medios económicos, se ejerza un control eficaz y efectivo sobre esta administración, que es precisamente la más potente dentro de nuestro país y en general, dentro de la economía globalizada en la que actualmente nos movemos.

Les voy a comentar el tránsito que ha experimentado nuestra jurisprudencia, desde el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que era el que estaba consagrado en nuestra Constitución, hasta el derecho fundamental a la buena administración.

El término interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos fue acuñado en Alemania. Este término lo trasladó a nuestro derecho español el profesor García de Enterría, y fue gracias a un alumno suyo que se incluyó el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en nuestra Constitución española en el año de 1978. En el momento en el que se introdujo esta enmienda por el senador Lorenzo Martín Retortillo, pronunció unas frases muy bellas diciendo que, «era un amplio poder el que se le concede a la administración, pero la administración debe saber que este poder está sometido a un control y que no puede ejercerse de manera arbitraria». Ahí está el origen de lo que luego después va a llamarse el principio de buena administración.

Nuestro Tribunal Supremo ha dicho que este principio de buena administración ya estaba insito en nuestra Constitución, precisamente porque había en el artículo 93 el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en el 103 se había indicado que nuestros poderes públicos deben de actuar con efectividad. Y luego, después se establece que el poder judicial controlará a la administración y el sometimiento de esta, a los fines que lo justifican.

Por tanto, en nuestro derecho constitucional estaba consagrado como un principio objetivo. Luego, después hemos pasado a incorporarlo como un derecho fundamental y como un

derecho subjetivo, gracias a que nosotros somos miembros o formamos parte de la Unión Europea.

Al escuchar ayer al doctor Amaya, se advierte que hablamos de los mismos temas y tenemos los mismos problemas, cuando hablaba del principio de buena administración. Es que me parecía que estaba en España y que estaba escuchando al Tribunal Supremo de mi país.

El título 5º del tratado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 41 consagra el principio como derecho fundamental europeo, un derecho a la buena administración. Se ha hablado de que estamos ante derechos de tercera generación, cuarta generación, quinta generación, etc., pero también, he de decir, que el artículo 51 dice que el principio o el derecho fundamental de la buena administración es solo aplicable a las instituciones europeas o a las nacionales, pero cuando aplican derecho europeo.

Y porque precisamente la sección de tributario, a la que yo tengo el honor de auxiliar y para la que trabajo, ha recibido este principio fundamental, pues ello ha sido gracias a plataforma que se ha introducido en nuestro recurso de casación, que ha pasado a tener una estructura totalmente diferente desde el año 2015.

Anteriormente, para tener acceso al recurso de casación había un límite económico, pues solo aquellos asuntos que tenían una cuantía superior a 600.000 euros, podían acceder a la casación. En realidad, única y exclusivamente las grandes empresas españolas podían pagar unas cantidades tan importantes de impuestos. Entonces, se decía que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que es la que tiene asignados los asuntos en materia tributaria, era la sala del Ibex 35, que son las mayores empresas que cotizan en la española, porque el resto de las empresas no podían llegar a estos límites.

Eso había llevado a que la jurisprudencia en materia tributaria se diese solo en el ámbito del derecho de sociedades, y en IVA. Además, dentro de lo que son los procedimientos en nuestro sistema, está estructurado que existe un procedimiento inspector, que la inspección de Hacienda la hacen unos inspectores, y luego hay inspectores de Hacienda que hacen otro tipo de procedimientos más sencillos, como puede ser verificación de datos que es simplemente cruzar los datos de una persona que paga con las de otra, para saber si se está pagando la cantidad correspondiente de IVA o se está tributando bien en sociedades, pero luego hay otra serie de procedimientos como son de comprobación de valores, en un impuesto, por ejemplo en un caso de sucesiones, pues hay veces que lo que se tiene que comprobar, es cuál es el valor de la casa que se hereda para ver por cuánto se tiene que tributar.

Entonces, esto daba paso a que, en el Tribunal Supremo, en materia tributaria, hubiera apenas jurisprudencia. Esta modificación, que fue propuesta por el propio Tribunal Supremo, llevó a que, para tener acceso a la casación, hay una serie de presupuestos en los que se entiende que existe interés casacional, y unas presunciones.

En cuanto a los presupuestos, uno de los principales presupuestos es que exista contradicción entre los tribunales superiores de justicia. Recuérdese que España está dividida en 17 Comunidades Autónomas, y en cada una de ellas hay un tribunal superior de justicia. Si en un tribunal superior de justicia se está resolviendo un problema jurídico, de valoración de

la prueba jurídico en un sentido, y ese mismo precepto está siendo interpretado por otro tribunal de justicia, en una manera diferente, es lógico que el tribunal supremo unifique.

Existe otra serie de presupuestos en los que se entiende que existe interés casacional, que es cuando afecta o puede afectar gravemente al interés público, o también cuando afecta a una pluralidad de situaciones. En el caso de los impuestos es evidente que afecta una pluralidad de situaciones.

Después nuestro legislador estableció una serie de presunciones en las que se entiende que existe interés casacional para que se acceda al recurso de casación, y una de ellas, es cuando no existe jurisprudencia, pues en este caso no existía apenas jurisprudencia en materia tributaria, y esto ha permitido revisar todos los procedimientos tributarios a la luz de este nuevo principio o derecho fundamental a la administración de justicia.

También existe un presupuesto de interés casacional, que es cuando se da un apartamiento deliberado de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero para que acceda al recurso de casación. El apartamiento tiene que ser deliberado, que el juez diga: “yo no estoy de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Es preferible que justifique los motivos por los que no está de acuerdo, pero puede simplemente que diga que no está de acuerdo.

También tenemos el problema de qué sucede cuando resulta que el juez no dice o no cita la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero se aparta de ella. Esta mañana, lo cierto es que al escuchar a uno de sus compañeros me han dado una idea, pero no creo que si la traslado a España, el tema de sancionar al magistrado que sea parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo vaya a ser bien recibida en mi país, y creo que puede ser que los compañeros me decapiten directamente. Pero es un problema que todavía existe en la jurisprudencia, en nuestro Tribunal Supremo, cómo resolverlo, porque lo cierto es que la jurisprudencia de este tribunal es una fuente que completa el ordenamiento jurídico. No existe ningún precepto que diga que es obligatoria, aunque debería de serlo. Además, existe el caso tan particular de que, sin embargo, dentro de nuestra estructura administrativa tenemos la dirección general de tributos, que podría tener una función consultiva, por así decirlo, en materia tributaria, los cuales sí que son vinculantes para la administración porque así lo establece una ley. La administración tributaria tiene que seguir los criterios de la dirección general de tributos, pero no existe una norma, un precepto similar en materia de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con lo que es un debate que estamos ahora abordando en España y en el Tribunal Supremo español.

A continuación, les voy a pasar a enumerar alguna serie de supuestos o casos paradigmáticos en los que el Tribunal Supremo ha resuelto, aplicando el derecho fundamental a la buena administración, y también quería comentarles que el tribunal tiene una lucha en defensa de lo que es la tutela judicial efectiva. Luego también comentaré brevemente, que se está empezando a referir al principio de buena legislación, en relación a problemas legislativos que se están viendo, y también al principio de jurisdicción. No solamente la administración debe de regirse y comportarse bien, sino que también el poder legislativo debe de legislar correctamente, porque eso es la garantía de que el país va a progresar correctamente, pero también le es exigible al poder judicial, que somos una administración particular, pero una administración y estamos al servicio de los ciudadanos, que administremos la justicia de una manera recta.

Estamos avanzando un peldaño más, no solo la tutela judicial efectiva sino principio de buena jurisdicción.

En cuanto a los casos paradigmáticos en los que el Tribunal Supremo ha aplicado el principio o el derecho fundamental a la buena administración, podemos hablar de un supuesto, les explicaré brevemente, para que puedan entender cómo es el funcionamiento del procedimiento tributario en España.

Cuando el director correspondiente de Hacienda dicta una liquidación, por la que una empresa o un particular tiene que pagar más impuestos de los que él había considerado, tiene la posibilidad de recurrirlo ante lo que se llaman tribunales económicos administrativos. Hay una primera instancia que es un tribunal regional. Entonces, cuando el tribunal regional le da la razón al administrado, aun así, existe un recurso extraordinario y exorbitante, que permite a la administración recurrir a la resolución, que ha dictado la propia administración y decir que no está de acuerdo con esta decisión, y pide que se revise por el Tribunal Económico Administrativo Superior, que es el central.

Entonces, estábamos hablando de un caso en el que el director general del departamento, que no estaba de acuerdo con la resolución del órgano regional, interpuso este recurso extraordinario. Y el contribuyente entendió que era extemporáneo, estaba interpuesto fuera de plazo. El Tribunal Supremo dijo que no era solo un problema de prueba de valoración de la prueba cuando se ha notificado oportunamente, sino de cómo se configura ese expediente administrativo para dar las mayores garantías al ciudadano, que pueda tener la certeza de que la administración también cumple los plazos. Lo cierto es que había simplemente un listado en el que con una fecha de salida del Tribunal Económico Regional había salido el documento, pero no constaba ningún sello de entrada y, además, se había introducido ahí la notificación a una empresa que se llamaba centros comerciales de Aragón, que nada tenía que ver con ese contribuyente, y aun así, le contabilizaban el plazo.

Desde ese momento el Tribunal Supremo ha dicho, aplicando este principio de buena administración, que a la administración se le debe de exigir también que cuando interpone un recurso extraordinario, que haya confeccionado el expediente con tal actitud que sea perfectamente constatable para el contribuyente, que los recursos han sido interpuestos dentro del plazo.

Otro caso interesante en el que se planteaba el principio de buena administración, en relación con el control de las decisiones discrecionales de la administración. Se trataba de un procedimiento tributario en el que la administración podía darle al contribuyente un plazo entre 10 y 15 días para alegaciones. La norma no establecía un límite. Y la importancia del cómputo de este plazo era fundamental para determinar si había prescrito el derecho de la administración a liquidar. Ello, porque en España existe un periodo, un plazo para que Hacienda pueda liquidar; pues no puede permanentemente estar sometiendo a investigación a una persona, dado que la administración no había razonado o justificado porque en un tema complejo, cuando había la posibilidad de conceder entre 10 y 15 días, había concedido solo 10 días, y cuando el contribuyente había solicitado que se le ampliara el plazo a los 15 días, la administración no solo no le había contestado, sino que además le imputaba una dilación y

un período de cinco días, que era determinante para que hubiera prescrito o no. El Tribunal Supremo dijo que esa interpretación de la norma no era acorde con el principio de buena administración.

También la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha acuñado otro principio, que es muy importante en relación con el de la administración tributaria, el de integra regulación, lo que significa que, en nuestro sistema, los ciudadanos autoliquidamos, y somos los que decimos a Hacienda cuánto tenemos que pagar. Eso no es un acto administrativo, es una actuación del particular. Luego, Hacienda puede comprobarlo, y dicta una liquidación. Pero cuando en un procedimiento el inspector dicta una liquidación, nuestro Tribunal Supremo ha dicho que no solo se debe aprobar una mala liquidación hecha por el ciudadano, sino que también, si se investiga y se ve que, en algún extremo, se ha equivocado el contribuyente, la regulación también tiene que darse a favor del contribuyente. Así, hay que regularizar todo lo bueno y lo malo, y en este caso, además, el Tribunal Supremo ha de aplicar este principio, y ha entendido que la administración tributaria, que en este caso no había aplicado el principio de buena administración porque se estaba regularizando a empresas en relación con facturas que unas piden a otras, y entendió que para decir que una factura no correspondía con un servicio determinado, era necesario traer a la otra empresa y ver el problema de forma global, no solo en relación con una de las empresas.

Por otra parte, nuestro Tribunal Supremo está aplicando el principio de buena administración en relación con el tema de las autoliquidaciones, como les he indicado en el sistema español, y creo que, en general, en otros sistemas europeos, es el propio contribuyente el que tiene que autoliquidar y decir cuánto tiene que pagar de tributo.

Así, en un caso en España el que se estaba tratando de un tema de una sucesión en la que los herederos habían recibido un bien, que no era un inmueble, sino que era un hotel en funcionamiento. El problema para valorar un bien en funcionamiento como lo era el hotel, puede tener serias dudas y dificultades. Así, el particular consideraba que se había equivocado a la hora de autoliquidar y solicitó la rectificación de su autoliquidación, y esta rectificación de su autoliquidación aportó una tasación hecha por un experto, en la cual se dijo que el contribuyente se había equivocado al no haber sabido valorar correctamente el bien, y le pidió a Hacienda que rectificara. No obstante, Hacienda le dijo que sentía mucho su equivocación, pero era su equivocación. Ante esta decisión, nuestro Tribunal Supremo ha entendido que había un interés casacional, y se hacía necesario precisar, si en esos supuestos en los que se presenta una solicitud de auto rectificación de una liquidación, con un principio de prueba sólido, el contribuyente tenía derecho a que la administración, que tiene unos servicios muy potentes, valore ese bien, y si efectivamente existen estas disfunciones.

Otra situación que se produce con cierta frecuencia en nuestro país, es que está dividido en 17 Comunidades Autónomas, y cada una de ellas tiene potestad en algunos casos tributaria y de recaudación de impuestos, aparte de las entidades locales que también recaudan impuestos, pero en materia de impuestos de sociedades, tenemos lo que se llaman territorios históricos que tienen derecho foral, como puede ser el País Vasco. Entonces, el impuesto de las empresas que están en el País Vasco lo pagan a la Hacienda Foral Vasca. Las que están en el resto del territorio lo pagan a la agencia tributaria. Entonces, estamos ante un supuesto de un grupo

de empresas que tenía una empresa en el País Vasco, otra empresa afiliada, y una matriz en territorio común. Ante el mismo negocio jurídico, una de las administraciones traspasó dinero.

Se consideró que estábamos ante un supuesto, en el que se estaban abonando intereses por un préstamo. Entonces, como la empresa que estaba en Madrid, le estaba pagando un dinero a la otra empresa, y esta transacción se catalogó como pago de intereses y, por tanto, tenía que tributar y pagar a la Hacienda Foral. Frente a este supuesto, la agencia tributaria en Madrid dijo que no se trataba de pago de intereses, porque si una empresa paga intereses, este pago ha de entenderse como un gasto, el cual es deducible. Por tanto, ello rebaja la base imponible y se tributa menos. No es participación en fondos propios, y usted también me paga.

Entonces, ¿qué es lo que sucede en el Tribunal Supremo? Se ha planteado que, acorde con el principio de buena administración que nosotros tengamos, un territorio dividido en Comunidades Autónomas, y qué empresas tienen que consolidar sus beneficios y pagar solo una vez, se le califique el mismo negocio jurídico de un modo en un territorio y de un modo en otro, llevando de tal manera a que el contribuyente tenga que abonar más, o debe de aceptarse la calificación de ese contrato que le dé una de las empresas.

Posteriormente, me voy a referir también dentro de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a unos supuestos donde se están empezando a aplicar principios nuevos, como es el principio de buena legislación o regulación, que es un principio que también existe en el ámbito europeo y que nosotros hemos consagrado en una de nuestras normas. Igualmente, el principio de buena jurisdicción, en cuanto al principio de buena regulación el Tribunal Supremo lo ha aplicado para admitir dos recursos de casación: uno es en materia de comunicación con la administración tributaria. Como ya lo dije, en nuestro ordenamiento jurídico es el propio contribuyente el que tiene que autoliquidar sus impuestos, pero, además, se ha impuesto la obligación de que estas autoliquidaciones deben de hacerse siempre de manera informática, que es un avance, por lo que es necesaria la informatización. El Tribunal Supremo advirtió un problema, y era que no se establecía alguna salvaguarda para que determinadas personas, como puedan ser personas mayores o personas que no tienen ordenador, o que no tienen acceso a ese tipo de medios, puedan cumplir con sus obligaciones tributarias, porque de no hacerlo traería como consecuencia de no cumplir, la imposición de una sanción.

Así, el Tribunal Supremo ha planteado, citando el principio de buena regulación, qué es lo que debe suceder en estos supuestos donde se establece una obligación de autoliquidar, siempre por medios informáticos, sin ofrecerle a los contribuyentes, especialmente necesitados, un apoyo para que puedan cumplir con sus obligaciones tributarias.



Miguel Bordiú García-Ovies
Secretario de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Voy a enfocar mi intervención en el papel que la que la CNMC, que es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de la que soy secretario del Consejo, ejerce en relación con el título del panel, es decir, con la globalización como motor para una buena administración o como principio para una buena administración.

Mi idea es enfocarlo de la forma más sistemática posible en tres grandes bloques: (i) un primer bloque que tendría que ver precisamente con explicar por qué la CNMC, a nuestro juicio, sí puede jugar un papel importante en esta idea de mezclar, o de hacer convivir la globalización con una buena administración.

Ello, en gran medida por la naturaleza fundacional que tiene la CNMC, como por su especialidad, como órgano integrado súper regulador, como explicaré después.

En segundo lugar, cuál es básicamente la función consultiva que ejerce la CNMC, y como la ejerce, siempre desde un principio de independencia.

Y, en tercer lugar, y creo que es de su interés, cómo el Consejo de Estado de España ejerce su función consultiva respecto de la potestad normativa que tiene atribuida la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Ahora, de manera previa a estos tres bloques, señalaré tres notas muy breves como punto de partida.

- i Qué es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en lo que tiene que ver con su independencia. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia es esencialmente independiente del Gobierno, y, por tanto, actúa con independencia del Gobierno y de la Administración General, para lo cual expondré todas sus funciones y en especial, aquí hablaré lógicamente de la función consultiva.
- ii En segundo lugar, el fundamento supranacional que tiene la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el cual va más allá del ámbito estrictamente nacional. De hecho, se asienta más en su sentido moderno y sin perjuicio de las

funciones internas que desarrolla, en el marco del derecho de la Unión Europea, que en el marco del derecho nacional español.

- iii En tercer lugar, una cuestión que es característica de la labor que hace la CNMC, el cual tiene mucha incidencia en el caso de las funciones consultivas, es la de tratar de dar soluciones simples al ciudadano frente a problemas muy complejos.

Como explicaré luego, la CNMC tiene un ámbito de supervisión muy amplio, por cómo se ha configurado por el legislador, lo que afecta a sectores esenciales para la ciudadanía, y que por eso, esa es la justificación para que estén regulados, y respecto de los cuales la CNMC tiene que ejercer una labor para tratar desde un punto de vista técnico de solventar los problemas, para que al final del día, conseguir que el ciudadano pueda encender la luz de su casa y que tenga calefacción en invierno, o que pueda tomar el tren en las mejores condiciones de competencia, que se pueda montar en un avión; o que pueda enviar una carta del sector postal.

Entonces, en ese equilibrio, siempre difícil entre lo técnico y lo complejo, y la necesidad de proveer al ciudadano de soluciones, nos movemos y se manifiesta nuestra función.

Primer bloque

Comenzando con el primero de los bloques que anunciaba que es el relativo al por qué la CNMC, a nuestro juicio, puede tener un papel relevante vinculado a la idea de globalización. Ello exige decir brevemente, en menos de un minuto, cómo nace la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Se crea en el año 2013 y es una rareza en Europa, porque siendo en el ámbito de la Unión Europea, por lo menos obligatorio la existencia de determinadas autoridades independientes en cada uno de los Estados miembros, es rara la existencia de un organismo que agrupe o que aglutine prácticamente a todos los organismos de supervisión.

En el año 2013 se da el proceso de forma súbita en España, y que pasa de ser una institución con seis comisiones preexistentes, o seis organismos preexistentes, a uno solo, con dos pilares muy robustos.

- i La de la defensa de la libre competencia. Es decir, la autoridad de competencia, en la que se fusiona lo que era antes la Comisión Nacional de la Competencia, y,
- ii la que abarca toda la parte de los mercados sujetos a supervisión o regulación. Aquí entra el tema de energía, telecomunicaciones, audiovisual, sector postal, ferroviario y aeroportuario, los cuales se fusionan en una sola comisión en el año 2013.

Se crea un Consejo Único integrado por 10 miembros: presidenta, vicepresidente y ocho consejeros, todos ellos nombrados por el Gobierno, y ratificados por el Congreso de los Diputados o parlamento, que explica bastante el cómo se ejerce luego la función consultiva.

Este Consejo Único funciona en tres tipos de formaciones distintas: el Consejo en pleno con los 10 miembros, y luego hay una sala de competencia y una sala de supervisión regulatoria, atendiendo a ese doble pilar del que hablaban.

Y jerárquicamente más abajo, en lo organizativo y estrictamente técnico, existen cuatro grandes direcciones, cada una para cada uno de los grandes sectores que se someten a regulación.

Entre ellos, tanto en lo técnico como en el consejo, se producen muchos contrapesos que se prevén en nuestra normativa, muchos contrapesos. Así, una de las Salas nunca puede adoptar una decisión que afecte a la competencia de la otra, sin recabar previamente su informe, y en casos de discrepancia se prevé que el asunto siempre suba al pleno.

Función regulatoria

Ahora, para explicar el cómo se ejerce la función regulatoria, y por qué la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podía tener una especial incidencia en esta idea supranacional vinculada a la buena regulación.

Pues hay dos cuestiones o razones que la explican: la primera, es porque, como decía, forma parte de la naturaleza de todas las comisiones que se formaron o se integraron en la CNMC, actuar en lo que el derecho de la Unión Europea llama como en el caso de la competencia (Autoridad Nacional de Competencia), y en el caso de los sectores sujetos a regulación (Autoridad Nacional de Regulación).

Es decir, lo que hace la CNMC lo hacen, no porque se lo diga el Estado español y su Gobierno a través de su potestad normativa, sino porque se lo dice o emana directamente del derecho de la Unión Europea, de las directivas, reglamentos, y demás normativas de la unión. Además, hacia afuera en la CNMC participa también en muchísimos foros y organismos, es miembro de muchísimas asociaciones de reguladores, tenía contados antes que lo miraba hasta 17, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el ámbito iberoamericano. Allí se propugnan soluciones y se ejerce una función que trata de promover cambios ya integrados en cada uno de los Estados y soluciones a nivel global, que mejoren la buena administración en cada uno de los Estados a los que se sujetan a regulación en esas asociaciones.

Entonces, este sería un poco el punto de partida sobre el por qué las CNMC tiene esa especial vinculación con lo internacional y trata de trasladarla siempre en el ejercicio de sus funciones a la buena administración nacional.

Esta cuestión, como decía antes sobre las soluciones sencillas a problemas complejos, en España, y en general en Europa, estamos en una situación muy convulsa en alguno de los sectores sujetos a supervisión por el conflicto de Rusia y Ucrania sobre el desabastecimiento de gas. Las soluciones que se adoptan en Europa vienen siempre precedidas de un asesoramiento, de una función consultiva que se ejerce por las diferentes autoridades independientes y autoridades nacionales de regulación que forman parte de los grupos de reguladores, y ahí siempre se juega, pero en casos extraordinarios, un papel quizás más visible todavía para el ciudadano de cuestiones que normalmente no interesan en España. Vivimos ahora un proceso de mucho interés, en cómo funciona el mercado de la energía, cómo se paga y cómo se subasta, cómo se contrata la energía, cómo nos abastecemos, cómo estamos conectados con los países de nuestro entorno.

Además, surgen grandes conflictos entre lo que pretenden determinados países dentro de Europa y los problemas que tienen determinados países fuera de Europa. Ahora mismo, por ejemplo, como consecuencia del cierre en el abastecimiento del gas ruso, los países del norte de Europa se ven mucho más afectados que los países del sur, y especialmente países en los que la energía verde está muy desarrollada como es el caso de España. Por eso el desabastecimiento, en cambio, en países como España y Portugal, nos vemos muy afectados por problemas de interconexión con el resto de la Unión Europea que nos afectan de manera mucho más sensible.

Entonces, esa parte internacional de tratar de integrar, de forma consultiva, y darle a la Comisión Europea, que generalmente es el órgano ejecutivo y el parlamento europeo que acaba tomando las decisiones para darle una orientación, en pro de la mayor parte de los ciudadanos, especialmente en un contexto de excepcionalidad como en el que estamos cobrando una especial importancia y nos ocupa mucho, y que ocupa lógicamente en el ámbito de la CNMC.

Entonces, sería un poco el primer bloque del por qué se sitúa en ese ámbito internacional y por qué tiene sentido en relación con esa idea de globalización.

Paso a referirme también de la forma más sistemática a qué tipo y cómo ejerce las CNMC su función consultiva, y ya digo que prácticamente toda la función consultiva o la finalidad esencial que tiene la función consultiva de la CNMC, es precisamente introducir principios supranacionales que condicionen cómo se regula a nivel nacional las diferentes cuestiones que pueden ser muy diversas, pero tratar de traer los principios de competencia, principios también de buena regulación, principios generales que desde una perspectiva independiente se pueden invocar frente a las necesidades, que muchas veces son más coyunturales del gobierno de cada uno de los Estados miembros, y en el caso que nos ocupa del Gobierno de España.

Nuestra ley de creación, en su artículo 5º, define de forma bastante amplia el cómo la CNMC ejerce sus funciones. Respecto de la función consultiva en concreto, y respecto de quién podemos ejercer nuestra función consultiva se configura de manera muy amplia, y ahí se incluyen a las cámaras legislativas, con eso de los diputados, y el senado, se incluye al Gobierno de la Nación, a los gobiernos de las regiones o comunidades autónomas, de los ayuntamientos, también a las cámaras de comercio, organizaciones o corporaciones que representan intereses económicos, o a las organizaciones de consumidores y usuarios. Todos esos pueden, y en muchas ocasiones deben pedir informes a la CNMC, y antes de pedir un informe a la Comisión, antes de desarrollar sus procesos normativos o determinadas actuaciones que puedan tener un impacto general.

El para qué nos lo piden, nosotros no tenemos una función consultiva ilimitada ni pretendemos tenerla a diferencia del enfoque, por ejemplo, lo que el Consejo de Estado realiza en sus dictámenes, nosotros estamos restringidos a no analizar cuestiones jurídicas, sino analizar estrictamente todo aquello que tenga que ver con el mantenimiento de la competencia efectiva, y con el buen funcionamiento de los mercados, es decir, conseguir filtrar que cualquier norma no termine, de forma directa o indirecta, en una minoración de lo que al final es el mercado interior que ha definido la Unión Europea, y todos los principios de libre establecimiento, de libre circulación, de libre prestación de servicios que se establecen dentro de ese mercado

interior, que no haya ninguna norma que le afecte negativamente o que pueda condicionar todos esos principios y desvirtuar el mercado interior.

Y luego, el sobre qué tipo de normas o de actuaciones, realmente es un catálogo amplísimo. Pueden ser desde normas con rango de ley, o ante proyectos de normas con rango de ley, proyectos normativos que hace el Gobierno de la Nación o de las Comunidades Autónomas. A veces son cuestiones muy técnicas de órdenes ministeriales de tipo muy técnico vinculado a los sectores que regulamos, como la energía. Otras veces son cuestiones más generales, y mucho más accesibles por lo menos, no sé si más importantes, pero más accesibles y más de conocimiento general para el ciudadano. Es decir, es un área muy amplia. La realidad es que, por la fusión como explicaba antes, de todos estos organismos, es difícil no encontrar alguna norma que afecte a nuestras competencias, a los mercados o a los ámbitos sujetos a regulación o que están bajo nuestras competencias, o en general, a la defensa de la competencia, porque la defensa de la competencia de la libre competencia tiene un carácter netamente transversal. Así, es difícil que haya normas que no afecten de manera directa o indirecta al ejercicio de nuestras funciones.

Respecto de los instrumentos que utilizamos para para ejercer nuestra función consultiva, distingo entre el cómo se aprueba, y el qué se aprueba.

El cómo aprobamos los diferentes instrumentos, es decir, cuándo vamos a ejercer nuestra función consultiva, ya sea a través de la emisión de informes, realización de estudios o cualquier tipo de instrumento de naturaleza consultiva, la característica principal es que tratamos de mantener la esencia integrada de la autoridad. Es decir, la esencia de que se trata de una autoridad, no solo de competencia, no solo de energía, no solo de telecomunicaciones, no solo de ferroviarios, sino que tratamos de que los todos los informes se emitan teniendo en cuenta todas las visiones que hay dentro de la casa.

Esto pasa técnicamente, es decir, cuando nos entra una solicitud de informe o cuando de oficio, abordamos una actuación consultiva, la propuesta que llega al Consejo es quien debe aprobar todo, viene precedido siempre por una colaboración en un sistema de contra pesos entre todas las direcciones. No es fácil siempre llegar a un consenso entre el enfoque más puro de defensa de la competencia, con el enfoque que puede tener un servicio técnico más vinculado a la regulación.

En todos los casos, la competencia, la libre concurrencia y el mayor acceso del mayor número de operadores, es importante, pero quizás, es más en abstracto, en el caso de la competencia y en el caso de los sectores sujetos a regulación, pues pueden interesar, más en concreto, soluciones que afecten a su sector, con independencia de la entrada de más o menos operadores. Entonces, se trata de llegar primero a una solución de consenso en la parte técnica.

Luego, en cuanto a su aprobación, los instrumentos consultivos con carácter general siempre se aprueban en el pleno del consejo, de forma que los que lo aprueban son los miembros de la Sala de Supervisión Regulatoria, y los de la Sala de Competencia, de suerte que la visión que de la CNMC va a ser mixta, lo cual es una visión más enriquecedora al tratar de tener en cuenta todas las perspectivas. Esto entraña, por un lado, una dificultad en cuanto a sacar cada uno de los de los informes, pero desde luego, facilita mucho el conocimiento técnico de determinadas

materias, al tener a todos los técnicos y a todos los consejeros que saben de los diferentes sectores dentro de una misma casa.

En cuanto a los tipos de nuestra función consultiva, como principales son tres. Por un lado, están los estudios, que es una parte capital de la actuación de la CNMC, y que parten de una identificación previa, que generalmente se hace cada año por el consejo, previa propuesta de alguna de las direcciones, de sectores respecto de los que, desde una perspectiva de competencia o la perspectiva de regulación, hace falta hacer un análisis específico, y en su caso, proponer recomendaciones al gobierno. Recientemente hemos hecho estudios sobre el precio de los medicamentos, y cómo se comercializan, y cuál es el sistema de venta y de financiación de los medicamentos en España. También sobre las concesiones de autobuses, sobre todo en líneas deficitarias, que generalmente eran concesiones muy anti competitivas.

En la actualidad estamos iniciando un estudio sobre una figura muy específica española, que es el seguro de decesos, un seguro que nace prácticamente solo en España, que trae causa en gran medida de la guerra civil o se arrastra de la guerra civil española, a principios del siglo pasado, y que asegura todos los gastos de entierro, sepelio y demás, derivados del fallecimiento de un familiar. Aquí hemos detectado que podía haber un problema, en cuanto a que estos seguros se pagan de forma histórica. Normalmente es una continuidad familiar, y las aseguradoras en el momento en que se producen fallecimiento, en principio, deberían devolver a las familias el sobrante de lo que no han empleado de las primas satisfechas durante todo este tiempo. Pero parece que, en vez de devolverlas, en lo que se está empleando esa prima es para tratar de fidelizar a clientes, y a nuevas generaciones, además, en todo lo que tiene que ver con los servicios funerarios, siempre genera muchas tensiones, con el derecho de la competencia en momentos en que las posibilidades de elección y la situación vital son complicadas. Entonces esta es una primera modalidad la de los estudios.

La segunda modalidad y quizás la principal, es la de lo que llamamos IPM o Informes de Propuestas Normativas. Aquí entraría todo el catálogo de normas que bien los que nos la pueden pedir, o bien de oficio podemos informar.

Como se comentaba antes, la tipología de asuntos o de los que informamos aquí es muy variada, y luego tiene incidencia directa e indirecta nuestras funciones. Desde luego, se suele ver con atención por parte de los proponentes de una norma con rango de ley o directamente de los gobiernos cuando lo regulan.

Recientemente hemos, por ejemplo, emitido un informe sobre el anteproyecto de ley de tabaco, y en concreto, sobre determinadas cuestiones que nos preocupaban especialmente, en cuanto al régimen o la reserva en favor de los estancos para la venta de tabaco, como también sobre las figuras nuevas como la de los vapeadores o las alternativas al tabaco, y así como se propugnaba en el anteproyecto de norma, tenían que tener un tratamiento igual al del tabaco, o en cambio, podían enfocarse desde un punto de vista más pro competitivo, como una solución a la adicción, a partir de estudios internacionales de experiencias en el derecho comparado.

También hemos analizado algunos proyectos de normas sobre intentos de restricción de proyectos legislativos por parte del legislador, de hacer publicidad de determinados alimentos

diseñados al público infantil. Ello, ante la preocupación por la obesidad infantil que hay en general en toda Europa, y especialmente en España, se trata por parte de los gobiernos y el legislador, de restringir las posibilidades de anunciar determinados alimentos, ya sea por su contenido en grasa, por el tipo de alimento que se trate, por ser especialmente adictivo, o ser especialmente contrario a la salud. El objetivo es reducir la obesidad infantil. En nuestro informe tratamos de modular o hacer coordinar ese objetivo, que desde luego es perfectamente lícito, de lucha contra la obesidad infantil, y en cierta medida, de restricción de ese tipo de publicidad, con las necesidades de garantizar la libre competencia y que determinados operadores no se vean excluidos del mercado por este motivo.

Lo otro es la Ley General de Comunicación Audiovisual, y en concreto, una cuestión que cada vez tiene más incidencia, es la parte audiovisual y la parte de los *youtubers*, del uso de plataformas como Twitter; los que llamamos *bloggers*, por lo menos en el en el ámbito de la Unión Europea, y cuál es el régimen que deben tener estos desde la perspectiva de un regulador audiovisual. Es decir, el que emite en YouTube o el que emite en Twitter debe estar en posición de igualdad, en cuanto a derechos y obligaciones con las televisiones, el que emite una televisión tradicional, cómo se controla la publicidad cubierta o encubierta que se realiza a través de ese tipo de plataformas, o en la protección del lenguaje infantil; es decir, todo aquello que hay para las televisiones tradicionales puede o no puede, y en qué condiciones debe ser regulado por el por el legislador.

La tercera gran categoría es la de propuestas de modificaciones normativas. Existe el problema o la tensión en la regulación de Uber Cabify y la regulación tradicional de los servicios de taxi, pero desde luego, es una de las cosas que desde un punto de vista de competencia preocupa.

Ya por resumir, hay determinados ámbitos concretos que el legislador ha considerado como muy susceptibles de afectar a una buena competencia, y nos ha pedido específicamente que informemos. Por ejemplo, en el ámbito de los derechos en las licitaciones de derechos del fútbol: desde el año 2015 en España se promueve un sistema que viene de la Premier League inglesa, y que es un sistema de comercialización conjunta de derechos, frente a la comercialización individual que había en un primer momento. Parece que es más eficiente para todos, pero plantea el problema de cómo articularlo desde una perspectiva.

Por último, el rol del Consejo de Estado español, en relación con nuestras funciones normativas. Hay determinados ámbitos que, dentro de esa necesidad de proteger esos principios supranacionales, entiende el derecho de la Unión Europea que no basta con que haya una mera función consultiva por parte de la CNMC, sino que las autoridades independientes deben regular directamente. Así se fue incorporando una novedad en lo que era nuestra actuación, que es la novedad, de regular, de hacer normas que en nuestro caso llamamos circulares.

Aquí hay tres grandes fases: una primera que es previa a unas directivas del año 2009. Se hacían circulares meramente informativas sobre todo en materia de energía o de puro desarrollo. Después del año 2009, el legislador de la Unión Europea dice que esto lo tenemos que empezar a regular directamente. No lo deben hacer los gobiernos, sino las autoridades independientes, y se sitúan determinados aspectos que son a priori, muy técnicos, pero que son muy relevantes. Es el caso de cómo se accede a las redes de transporte de energía, cómo se paga el acceso a

las redes de transporte y cómo se paga a las empresas privadas que gestionan el transporte y la distribución de energía. Si bien son cuestiones que parecen muy técnicas, tienen una relevancia económica. Recientemente aprobábamos las últimas liquidaciones del sector, que son prácticamente de 500 o 600 millones de euros.

Entonces, empieza a raíz de esto la CNMC a emitir circulares. Aquí pasamos de esas primeras circulares que se hacían de carácter meramente informativo, tras varios cambios legislativos, y al final, tras un proceso iniciado por la Unión Europea de infracción contra España, porque no estábamos cumpliendo el derecho de la unión. A partir del año 2019 se pasa a obligar al Estado español a que sea la CNMC la que regule directamente esto, pues como consecuencia de ese salto, en nuestras potestades de regulación empezamos a pedir, conforme a la normativa del Consejo de Estado, informe con carácter previo al Consejo de Estado español.

Aquí empieza una relación que, desde luego para nosotros, ha sido muy enriquecedora, en la que hemos ido fijando circular a circular las pautas de lo que podemos y no podemos hacer, y, sobre todo, el cómo lo tenemos que hacer. Aquí el Consejo de Estado con su experiencia en este tipo de informes y en esta función consultiva, nos ha dado mucha luz sobre cómo hacerlo.

Muy básicamente, el Consejo de Estado analiza formal y materialmente todo este tipo de circulares, que son de ejecución directa de una ley, que ya no exigen un desarrollo reglamentario previo por parte del Gobierno, con la especialidad de cuando los asuntos llegan al Consejo de Estado, el propio Consejo de Estado hace una audiencia pública antes de emitir su informe, en la que, por la trascendencia económica que es enorme para todos los operadores, hay muchísima participación y visiones que se contraponen a veces con lo que plantea la CNMC; a modo de resumen, el Consejo de Estado nos ha ido planteando una serie de preocupaciones, en las cuestiones que más le han interesado.

En primer lugar, ha advertido que la potestad normativa nuestra como autoridad, existe, pero es limitada, es decir, estar muy vinculada, no es general ni podemos regular cualquier cosa, sino que está muy vinculada a lo que las directivas y la transposición de las directivas nos han exigido.

En segundo lugar, hace mucha incidencia en distinguir en la cuestión competencial, es decir, en distinguir lo que regulamos nosotros y lo que regula el Gobierno, porque aquí son ámbitos no del todo estanco, es decir, son cuestiones que tradicionalmente ha regulado el gobierno, y que ahora, en parte, o casi en todo, pasamos a regular nosotros. Y ahí también ha analizado el qué y el cómo debe hacer cada uno, sino qué pasa con las normas previas del Gobierno, que nosotros venimos a sustituir; analiza si podemos o no entenderlas derogadas por la acción de la circular; y analiza la función de las comisiones de cooperación entre el Gobierno y la Comisión para pulir todo tipo de problemas, además se establece también la obligación de informar al ciudadano y establecer compendios normativos, que una vez hecha toda la regularización legal dejen en claro qué hace cada uno y qué es lo que está vigente.

Por último, se advierte el miedo a la *descircularización*, término muy raro, pero que alude a que todo lo que tenga un alcance mínimamente general, o con carácter abstracto, se trate como circular y, por tanto, tenga que ser informado por el Consejo de Estado, que no aprovechemos nuestras funciones de supervisión para ejecutar cosas que deberían ir por circular.



*Doctora Ana María Charry Gaitán
Presidenta de la Sala de Consulta y Servicio Civil*

Muy buenas tardes para todas y todos. Me ha correspondido cerrar este ciclo de conferencias sobre la globalización y la buena marcha de la administración pública, y realizar unas conclusiones sobre todas las IV Jornadas Internacionales de la Función Consultiva.

Antes de iniciar esta breve exposición, quiero recordar que hoy estamos conmemorando el Día Internacional de la No Violencia contra la Mujer, que es precisamente un problema global. Y, por tanto, quiero dedicar esta exposición a las mujeres y a las víctimas de toda clase de violencia, por lo que les pido que nos levantemos y hagamos un minuto de silencio en honor y reconocimiento a las mujeres víctimas de la violencia en nuestro país y en el mundo entero.

Me voy a referir brevemente a la importancia de la función consultiva en los temas globales y en la buena marcha de la administración pública. Para ello, cuatro puntos centrales que quiero que queden en la memoria de ustedes, sobre los que creo que son los temas y los problemas centrales de la globalización y de la importancia, incidencia e impacto de la función pública para la solución de estos problemas.

En primer lugar, referirme a los problemas que emergen en el marco de la globalización y la importancia de la función consultiva para los Estados en este escenario. En segundo lugar, me referiré a la función consultiva que debe entenderse hoy en el mundo globalizado, en el marco de necesidades y normativas, no solo de carácter nacional sino supranacionales. En tercer lugar, referirme a la humanidad, a la dignidad humana y los derechos humanos que deben ser el núcleo esencial de la función consultiva en el marco de un modelo de gobernanza en el mundo globalizado. Finalmente, me referiré a unos presupuestos normativos *sine qua non*, o principios morales de la función consultiva en el mundo globalizado.

En relación con el primer punto, sobre los problemas en el mundo, los gobiernos del mundo y la preocupación de los Estados, integran un denominador común para referirse a ciertos problemas centrales que ha resumido las Naciones Unidas en la agenda 2030. Estos son 17 objetivos y 179 metas. Quiero referirme brevemente a los objetivos de esta agenda de las Naciones Unidas. De estos problemas globales que son en su orden: primero, el fin de la pobreza; segundo, hambre cero; tercero, salud y bienestar; cuarto, educación de calidad; quinto, igualdad de género; sexto, agua limpia y saneamiento; séptimo, energía asequible y no

contaminante; octavo, trabajo decente y crecimiento económico; noveno, industria, innovación e infraestructura; décimo, reducción de las desigualdades; onceavo, ciudades y comunidades sostenibles; doceavo, producción y consumo responsables; treceavo, acción por el clima; catorceavo, vida submarina; quinceavo, vida de ecosistemas terrestres; dieciseisavo, paz, justicia e instituciones sólidas; y, diecisieteavo, alianza para lograr estos objetivos.

Como órganos consultivos de los diferentes Estados que estamos aquí presentes, quiero resaltar de nuevo y agradecer la presencia de Francia, de España, de Luxemburgo, y desde luego, de nuestros invitados y asistentes colombianos. Tenemos como función consultiva y como órgano consultivo una gran responsabilidad histórica que puede asumirse a través del desarrollo de nuestro potencial, no solo emitiendo dictámenes o conceptos, sino, y esto lo digo a nivel personal, entendiéndonos como centros de investigación y de pensamiento, en torno a los temas que requieren más atención globalmente, para aumentar la capacidad de la administración pública de planificar, gestionar, solucionar de manera duradera, y contribuir en la consecución de las metas que cada país se ha propuesto para alcanzar objetivos como los que he descrito en la agenda.

En el segundo punto sobre la función consultiva, que considero debe entenderse hoy en el mundo globalizado, en el marco de entidades y normativas, no solamente de tipo nacional sino supranacionales, quiero resaltar que la función consultiva de la administración o gestión pública en el mundo globalizado debe comprenderse, hoy en día, en un marco jurídico multinivel *supra* nacional, pues va de lo regional o local a lo global, de lo nacional a lo transnacional. En el escenario mundial se habla de organismos internacionales con estructuras propias y un marco jurídico que regula su accionar.

Hablando de estos regímenes y normas transnacionales, quiero resaltar la relevancia y traerla a colación, teniendo aquí a los invitados europeos, el modelo de la Unión Europea, que es tal vez el más desarrollado y que comprende toda una institucionalidad y una regulación robusta, y se regula por un modelo de prevalencia de la normatividad europea respecto de las normativas internas. Frente a este modelo, nuestro sistema jurídico se remite a la aplicación del bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad que entiende los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes para Colombia, como equivalentes a la Constitución, y parámetros de constitucionalidad. Aquí hay una discusión bastante interesante entre los modelos monistas y dualistas.

En relación con el tercer punto, considero personalmente que la humanidad y su supervivencia, la dignidad humana y los derechos humanos, deben ser el núcleo esencial de la función consultiva en el marco de un modelo de gobernanza en el mundo globalizado.

En los temas globales prioritarios en la agenda mundial, a los que antes me he referido, exige en el modelo de gestión pública, que se promueve hoy en día, que es el de la gobernanza, que promueve la coordinación y colaboración entre los sectores públicos y la sociedad civil para la gestión pública. Es un modelo que impulsa la regulación a través de la composición, más que imposición jerárquica que privilegia la solución de conflictos mediante mecanismos alternativos a lo contencioso y que retoma con fuerza el derecho público.

Actualmente, la función consultiva debe promover que el Estado sea la solución de los problemas globales a los que hemos hecho mención, y que también han hecho mención mis colegas que han antecedido, especialmente en temas económicos, en temas fiscales en temas tributarios, en temas de competencia, que también están en la agenda global.

Entonces esta materialización y esta solución de todos estos problemas que conciernen a la buena marcha de la administración pública debe tener como finalidad la promoción y eficacia de los derechos humanos y derechos fundamentales positivizados de la conservación de la vida y la dignidad humana. Así, la administración debe velar por los derechos asociados, tanto a las libertades individuales, como por la satisfacción de necesidades sociales, como los derechos colectivos relacionados con la protección del medio ambiente, el equilibrio ecológico, y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, la paz y la seguridad que es un objetivo central hoy en Colombia, pero también en el mundo, en un escenario hoy en día convulsionado por todos estos problemas a los que he hecho mención.

Finalmente, en el cuarto punto quisiera referirme a los presupuestos normativos que considero son *sine qua non* o principios morales de la función consultiva en el mundo globalizado.

Para mí resulta muy importante caracterizar a la función consultiva por los presupuestos normativos o principios morales, entendidos estos desde una moral crítica de origen kantiano, con una aspiración de racionalidad y universalidad, en el sentido que debe orientar el liderazgo necesario para afrontar los grandes problemas que rodean la sociedad mundial, y orientar a los gobiernos en la solución de las problemáticas mundiales que hemos mencionado.

Se pueden mencionar como presupuestos normativos *sin ecua non* constitutivos de la función consultiva los siguientes: primero la **fuerza de la verdad** que convierte la función consultiva en instancia de defensa de la racionalidad, en la lucha contra la arbitrariedad del poder político, para asentar al Estado en la razón. En segundo lugar, la **fuerza de la justicia** que constituye la función consultiva en instancia de defensa de la juridicidad para fortalecer el Estado social constitucional y democrático de derecho. En tercer lugar, la **fuerza del bien**, que hace de la función consultiva una instancia legitimante, equilibrante y moderadora del poder político para fortalecer la legitimidad del Estado. Finalmente, la **fuerza de la unidad**, que sitúa la función consultiva como instancia sistemática de refuerzo, integración y reconducción de las demás funciones, para promover la coherencia de la organización del Estado.

En conclusión, si se considera este núcleo axiológico de la función consultiva, se potencia su rol en el marco de la definición y cumplimiento de las metas a partir de las grandes problemáticas mundiales y regionales, de los objetivos y temas de la agenda del desarrollo sostenible mencionados en la agenda 2030, y de los nuevos postulados de gobernanza bajo la lógica del gobierno interactivo, considero que se lograrían mayores resultados en la materialización de las líneas de acción que demanda la humanidad en este momento, en el nuevo contexto mundial globalizado, y en los temas que son prioritarios para la protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado social constitucional y democrático de derecho.

Breves conclusiones respecto de todos los temas

Finalmente, quiero hacer referencia a unas breves conclusiones respecto de todos los temas trabajados, durante estas dos arduas y productivas jornadas de reflexión que hemos tenido.

En estas IV Jornadas Internacionales hemos abordado diferentes temas y diferentes perspectivas de la función consultiva.

En perspectiva histórica, se mencionó que la función consultiva tiene una larga tradición y prevalece una idea, la importancia de pedir consejo y la legitimidad que surge a partir de la fuerza de los argumentos, o el *auctoritas* en Colombia, Francia, España y Luxemburgo, que hemos coincidido en eso. Se han hecho evidentes sus similitudes, pero también sus diferencias.

En cuanto a la evolución de las competencias de la de la función consultiva, aquí se ha mencionado que cada vez son más amplias y profusas las funciones consultivas. Por ejemplo, en el ámbito legislativo y en el ámbito de la administración pública que exige soluciones de conflictos de manera previa al debate judicial, tal y como sucede ahora en Colombia con las nuevas funciones para precaver litigios, pero también en los temas más profundos y difíciles en la aplicación óptima del derecho viviente.

En el panel de la interacción e impacto de la función consultiva y la jurisdicción contenciosa y constitucional, vimos ayer y quedó claro que la función consultiva y la función jurisdiccional de los consejos de estado que cumplen estas dos funciones, no son contrapuestas ni distantes, toda vez que el objetivo es uno solo, el poder del ejecutivo y la contribución a la buena marcha de la administración pública. Se evidenció que los conceptos de la Sala de Consulta han tenido una amplia y gran incidencia para la fundamentación de las decisiones, tanto contenciosas administrativas, en sus diferentes especialidades como en la jurisdicción constitucional.

En relación con el panel sobre los retos, se dijo aquí que ellos son múltiples para el ejercicio de la función consultiva no solo por el aumento considerable de sus competencias, sino porque su ejercicio debe lograrse en un contexto que implica una nueva concepción de Estado de derecho. Algunos de esos desafíos que se presentaron aquí son, por ejemplo, que en Colombia algunas entidades nacionales y regionales puedan consultar, y no se restrinja su acceso, no solamente al Gobierno nacional, así como la promoción de los objetivos de la agenda 2030 de las Naciones Unidas como el desarrollo sostenible.

Sobre el panel de la autonomía e independencia de la función consultiva y judicial, se habló de salvaguardar la imparcialidad y la neutralidad frente a la afluencia o la influencia de sectores políticos, de alertar sobre el cumplido respeto, protección y garantía de un ordenamiento jurídico multinivel, cada vez más técnico y cualificado, que va de lo local a lo nacional e internacional, y que ha demandado la integración regional como en el caso del Marco Común Europeo.

Igualmente, se abordó el tema de las sugerencias para mejorar la jurisdicción disciplinaria y el sistema de la elección de los magistrados de las Altas Cortes.

En relación con la eficiencia y la tecnología, que lo vimos en el panel inmediatamente anterior, se mostró claramente la evolución y el avance en Colombia y en España, respecto de la digitalización de la administración pública, de la justicia de la jurisdicción contenciosa, de la función consultiva y de entidades en Colombia como la JEP, al igual que sobre los retos operativos y presupuestales que todavía hacen falta para la promoción de esta modernización, eficiencia y digitalización.

En esta última serie de conferencias sobre la globalización y la buena marcha de la administración pública se han presentado, como ustedes lo acaban de evidenciar, problemas globales sobre temas laborales, derechos de funcionarios públicos, y la relación de la función consultiva con el control de constitucionalidad en Francia. Se presentaron también temas económicos sobre reformas fiscales y tributarias, frente a las exigencias de la OCDE; en Francia, el principio de una buena administración y el control judicial a la administración consagrado en la Constitución española, y el derecho de la Unión Europea, así como su influencia en el derecho tributario en España y el recurso de casación; los temas de competencia y mercado en España y su función consultiva previa a la función consultiva del Consejo de Estado español. Y finalmente, lo que acabo de presentar, que es la agenda y los problemas globales contenidos en la agenda 2030 de las Naciones Unidas, y la importancia de la función consultiva para promover esos objetivos, que tiene que tener como núcleo esencial la vida, la dignidad humana, los derechos humanos y fundamentales, la necesidad de fomentar entidades supranacionales y la importancia de un marco axiológico de la función consultiva.

Una vez dicho esto, quiero finalmente declarar cerradas estas IV Jornadas Internacionales de la Función Consultiva.

Referencias bibliográficas

- Palabras del Libertador Simón Bolívar en la Instalación del Consejo de Estado en Angostura en 1817.
- Congreso de la República de Colombia. (1942, diciembre 24). Ley 167 de 1941. *Sobre organización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. DO. 24.853. https://normas.cra.gov.co/gestor/docs/ley_0167_1941.htm
- Congreso de la República de Colombia. (1993, diciembre 23). Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. DO. 41.148. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5248>
- Congreso de la República de Colombia. (1994, julio 11). Ley 142 de 1994. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. DO. 41.433 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752>
- Congreso de la República de Colombia. (1995, diciembre 20). Ley 222 de 1995. *Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*. DO. 42.156. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6739>
- Congreso de la República de Colombia. (1996, marzo 7). Ley 270 de 1996. *Estatutaria de la Administración de Justicia*. DO. 42.745. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>
- Congreso de la República de Colombia. (1996, junio 6). Ley 282 de 1996. *Por la cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones*. DO. 42.804. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17492#:~:text=y%20la%20extorsi%C3%B3n-,Crea%20el%20Consejo%20Nacional%20de%20Lucha%20contra%20el%20Secuestro%20y,el%20secuestro%20y%20la%20extorsi%C3%B3n>
- Congreso de la República de Colombia. (1998, diciembre 29). Ley 498 de 1998. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. DO. 43.464. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>
- Congreso de la República de Colombia. (2000, julio 6). Ley 589 de 2000. *Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones*. DO. 44.073. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14507>

- Congreso de la República de Colombia. (2003, octubre 28). Ley 80 de 2003. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. DO. 45.244. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>
- Congreso de la República de Colombia. (2011, enero 18). Ley 1437 de 2011. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. DO. 47.956. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. (2015, febrero 16). Ley 1751 de 2015. *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*. DO. 49.427 https://www.minsalud.gov.co/normatividad_nuevo/ley%201751%20de%202015.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (2021, marzo 3). Ley 2085 de 2021. *Por medio de la cual se adopta la figura de la depuración normativa, se decide la pérdida de vigencia y se derogan expresamente normas de rango legal*. DO 51.605. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=108147>
- Consejo de Estado de Colombia. (2002). Sala de Consulta y Servicio Civil. C.E. 1393 de 2002. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5513>
- Consejo de Estado de Colombia. (2015, febrero 5). Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Radicado 11001-03-15-000-2014-02268-00(AC). C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/AC/11001-03-15-000-2014-02268-00\(AC\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/AC/11001-03-15-000-2014-02268-00(AC).pdf)
- Consejo de Estado de Colombia. (2015, agosto 10). Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260). M. P. Álvaro Namén Vargas. <https://vlex.com.co/vid/628850018>
- Consejo de Estado de Colombia. (2016, noviembre 28). Sala de Consulta y Servicio Civil. CE 2323 de 2016. C. P. Germán Alberto Bula Escobar. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78253>
- Consejo de Estado de Colombia. (2018). Sala de Consulta y Servicio Civil. Antología Jurisprudencias y Conceptos Consejo de Estado 1817-2017. (PP. XLVII, XLIX; PP. LXXXVIII Y LXXXIX). Consejo de Estado. Imprenta Nacional de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2018, mayo 16). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2233 de 2018. C. P. Édgar González López.
- Consejo de Estado de Colombia. (2019, noviembre 26). Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto positivo de competencias administrativas entre la Corporación Autónoma Regional del Cauca CRC y el Cabildo Indígena Resguardo de Belalcázar Páez Cauca. Elementos que la habilitan para dirimir conflictos de competencia administrativo. C. P. Édgar González López. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/227/11001-03-06-000-2019-00117-00.pdf>

- Consejo de Estado de Colombia. (2020, septiembre 14). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2453 de 2020. C. P. Édgar González López. [https://normas.cra.gov.co/gestor/docs/11001-03-06-000-2020-00195-00\(2453\).htm](https://normas.cra.gov.co/gestor/docs/11001-03-06-000-2020-00195-00(2453).htm)
- Consejo de Estado de Colombia. (2021). *Los conceptos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Tomo I*. Imprenta Nacional de Colombia; Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo de Estado de Colombia. (2021, mayo 21). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2464 de 2021. C. P. Germán Alberto Bula Escobar <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=165108>
- Constitución Española. (1978). Artículo 107. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Constitución Política de Colombia. (1886). Artículo 141. Asamblea Nacional Constituyente de 1886.
- Constitución Política de Colombia. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1991 nro. 116*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Correa, A. M. (2019). La buena administración como principio jurídico: una aproximación conceptual. *Derechos en Acción*, 10(10), 247. <https://doi.org/10.24215/25251678e247>
- Granado Hijelmo, I. (2020). *La función consultiva en el Estado de derecho. Memorias de ingreso como Académico correspondiente en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. https://www.racmyp.es/docs/corr/ignacio_granado_memoria_racmyp_21-3-20.pdf
- Jefatura del Estado. (1980, abril 22). Ley Orgánica 3/1980, art. 6. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115#:~:text=Art%C3%ADculo%203,.,familiares%20y%20el%20estado%20civil.>
- Menéndez Sebastián, E. M. (2022, 26 enero). *La función consultiva, un escalón más hacia la buena administración*. IberlCONnect. <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/la-funcion-consultiva-un-escalon-mas-hacia-la-buena-administracion/>
- Ministerio de Economía y Hacienda. (2008, febrero 8). Real Decreto 167, arts. 17 y 18. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-4479>
- Presidencia de la República de Colombia. (2006, febrero 26). Decreto 564 de 2006. *Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos; a la legalización de asentamientos humanos constituidos por viviendas de Interés Social, y se expiden otras disposiciones*. DO. 46.192. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=19163>
- Presidencia de la República de Colombia. (1984, enero 1). Decreto 01 de 1984. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. DO. 36.439. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6543>

- Presidencia de la República de Colombia. (1999, enero 12). Decreto 85 de 1999. *Por el cual se adiciona el artículo 8° del Decreto número 1737 del 21 de agosto de 1998*. DO. 43.477.
- Presidencia de la República de Colombia. (2002, agosto 27). Decreto 1919 de 2002. *Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial*. DO. 44.916. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?dt=S&i=5513>
- Presidencia de la República de Colombia. (1996, octubre 16). Decreto 1923 de 1996. *Por el cual se reglamenta el funcionamiento del seguro colectivo para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales de las personas víctimas de secuestro*. DO. 42.907. <https://vlex.com.co/vid/decreto-354203146>
- Rodríguez, A. (2011, enero-julio). El Consejo de Estado Colombiano y el Consejo de Estado Francés, aproximaciones y diferencias. *Principia Iuris*, 15(15). <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/431/580>
- Rodríguez Rodríguez, L. (2013). *Organización y competencias de la jurisdicción administrativa en Colombia*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tribunal Supremo de Justicia. (2021, abril 29). Sala Tercera. Sentencia de 29 de abril de 2021 (rec. 165/2020). *Declara estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 787/2015 contra el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-10257>
- Tribunal Supremo de Justicia. (2022, marzo 9). Sala de lo social. Sentencia 209, ref. 106/2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU209-21.htm>
- Tribunal Supremo de Justicia. (2021, septiembre 17). Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 1145 (rec. 26/2016). <https://vlex.es/vid/876569707>

La impresión de esta publicación fue realizada por la Imprenta Nacional de Colombia utilizando tintas formuladas con base en aceite de soya, consideradas más respetuosas con el medio ambiente. Los papeles utilizados son fabricados a partir de fibras alternativas (no maderables), como el bagazo de caña de azúcar, los cuales son biodegradables, reciclables, inodoros e inocuos. Además, se emplearon planchas para la impresión offset destacadas por su capacidad para reducir el consumo de agua y productos químicos durante el proceso. Estas decisiones reflejan el firme compromiso de la Imprenta Nacional con la adopción de prácticas responsables y ecológicas en la industria de la impresión en Colombia, contribuyendo activamente a la preservación del medio ambiente.



www.imprenta.gov.co

PBX (0571) 457 80 00

Carrera 66 No. 24-09

Bogotá, D. C., Colombia