

Supervigilancia

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

**MANUAL DE
DOCTRINA 2015**

Versión 4.0

MANUAL DE DOCTRINA 2015

Versión 4.0

Carlos Alfonso Mayorga Prieto

Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada

Carlos Manuel Peña Iragorri

Secretario General

Javier Rivera Vera

Superintendente Delegado para la Operación

Israel Londoño Londoño

Superintendente Delegado para el Control

Coronel José Elías Baquero Ayala

Oficial de Enlace Grupo de Asesoría y Coordinación Interinstitucional

Iván Leonardo Lancheros Buitrago

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Daniel Alonso Castro Piña

Colaborador Oficina Asesora Jurídica

Mario Roberto Molano

Asesor del Despacho

Antonio José Sarmiento

Asesor Grupo de Consultoría y Capacitación

Daniel Enrique Pedroza Vanegas

Jefe Oficina de Planeación

Clara Eugenia Sánchez Díaz

Asesora Recursos Financieros

Claudia Marcela Ladino

Jefe Oficina de Sistemas

Rita Cotes

Jefe Oficina de Control Interno

Héctor Josué Camacho

Luz Helena Morales Malaver

Asesores de Despacho

Lorena Arboleda Ramírez

Asesora de Despacho en Comunicaciones

Imprenta Nacional de Colombia

Diagramación e Impresión

2016

Contenido

1. ADSCRIPCIÓN	7
2. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL.....	19
3. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS.....	21
3.1 Concepto sobre el parágrafo del artículo del Decreto-ley 356 de 1994	25
3.2 Concepto artículo 84 del Decreto-ley 356 de 1994.....	31
3.3 Circular Externa núm. 20157000000035 del 12 de febrero de 2015	35
4. PROCESO SANCIONATORIO.....	36
4.1 Régimen de transición procesos sancionatorios	36
4.2 Notificaciones a la luz de los cambios surgidos con la Ley 1437 de 2011 y lineamientos jurisprudenciales	43
4.3. Plazo de prescripción de la sanción en firme	46
4.3 Casos de silencio administrativo del artículo 52 CPACA.....	47
4.4 Publicidad de los actos sancionatorios y sus límites como antecedentes	52
5. CIRCULARES CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA.....	67
5.1 Circular No. 20167200000125 del 23 de junio de 2016 denominada “Contratación de Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada”	67
6. CONSULTORÍA	72
7. COOPERATIVAS.....	77
7.1 Concepto sobre la supervisión a organizaciones solidarias.	78
7.2 Control de legalidad	85
7.2.1 ELECCIÓN DE MIEMBROS DE ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA DE LAS COOPERATIVAS. PRINCIPIOS DE GESTIÓN DEMOCRÁTICA Y AUTONOMÍA	85

7.2.2 RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES DEL COOPERATIVISMO POR LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	86
7.2.3 SUPERVISIÓN DEL ESTADO CON RESPECTO DE LA AUTONOMÍA DE LAS COOPERATIVAS.....	87
7.2.4 OPORTUNIDAD PARA EJERCER EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS ELECCIONES DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA	88
7.2.5 CONTROL DE LEGALIDAD SELECTIVO Y A POSTERIORI (aplicación de los principios de buena fe), eficiencia, celeridad, economía y eficacia de los procedimientos administrativos).....	89
7.2.6 DOCUMENTOS PARA EL CONTROL DE LEGALIDAD	90
8. BLINDADOS	93
9. CONTRATACIÓN DE SERVICIOS ILEGALES.....	98
10. DERECHOS HUMANOS – CIRCULARES LGBTI, CONDICIONES SANITARIAS.....	101
10.1 Circular Externa núm. 2015700000195 del 7 de septiembre de 2015	101
10.2 Circular Externa núm. 20167000000235 de 3 de octubre de 2016.....	102
11. MERCENARIOS	105
REFERENCIAS.....	115

INTRODUCCIÓN

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada tiene el inmenso compromiso de contribuir con el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, a partir del efectivo ejercicio de sus atribuciones legales generando un clima de confianza en el sector y en los usuarios de este servicio público primario, al tiempo que busca contribuir a la generación de altos estándares de transparencia, eficacia y optimización en la prestación del servicio por parte de las personas naturales y jurídicas que han obtenido la licencia administrativa de funcionamiento y se dedican a las distintas labores que integran los conceptos de vigilancia y seguridad ciudadana.

Por lo anterior, es un honor presentar el “Manual de Doctrina 2015”, cuya finalidad no es otra que brindar al sector de la vigilancia y la seguridad privada una herramienta pedagógica con la cual pueda tener una visión actual sobre diversos temas, conceptos y líneas jurisprudenciales utilizados y aplicados de manera reiterativa en el ejercicio de esta labor, buscando generar con ello una motivación a sus lectores fomentando el interés, el conocimiento y el debate sobre la función que ejerce esta Superintendencia.

De igual manera, es nuestra responsabilidad continuar con este compendio doctrinario que ha venido emitiendo la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y de esta forma ofrecer al público una perspectiva más útil e innovadora sobre temas de real importancia en este sector, que sin duda requieren una visión de contexto más allá de lo simplemente consignado en la norma.

Es así que con este documento se plasma la compilación de la línea conceptual jurídica y jurisprudencial diseñada por esta Entidad durante el año 2015, acopiando las inquietudes más frecuentes y controvertidas relativas a los servicios de vigilancia y seguridad privada, así como la naturaleza y funciones que ejerce la Superintendencia.

El esfuerzo por el mejoramiento continuo y la optimización de nuestro papel como ente de regulación y policía administrativa, es una constante indeclinable que debemos mantener con el propósito de brindar a la ciudadanía un servicio con calidad y eficiencia.

I. ADSCRIPCIÓN

LA NATURALEZA DE LAS SUPERINTENDENCIAS COMO TITULARES DE LA FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

No es posible hacer referencia a la naturaleza jurídica de las superintendencias, como una modalidad de entidad pública nacional sin mencionar el fundamento constitucional de las funciones de Policía Administrativa que estos organismos ostentan y que se manifiestan a través de las potestades de inspección, vigilancia y control, que caracterizan su obrar como núcleo de especificidad y diferencia con los otros tipos de entidades públicas.

Se trata de potestades que en nuestro régimen constitucional, originariamente ostenta el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y como responsable del orden público. Lo anterior, con el transcurso del tiempo y la evolución constitucional en materia de intervención del Estado, se ha decantado y dependiendo de la mayor o menor intensidad en que se confieren las atribuciones de inspección, vigilancia y control, se pueden identificar los tipos de superintendencias que actúan en el ordenamiento colombiano. Todas se caracterizan, en mayor o menor medida, por la titularidad del ejercicio de funciones de policía administrativa, condición que independiente de los alcances de sus respectivas atribuciones en cada caso, le imprime a este tipo de entidades estatales, una especificidad propia que las distingue en su naturaleza y tratamiento, de cualquier otra entidad de carácter descentralizado.

En efecto, desde una primera concepción constitucional, que podríamos denominar como clásica, las funciones de inspección, vigilancia y control se explicaban desde la perspectiva de cumplir los propósitos del llamado Poder de Policía, en procura de preservar las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad, es decir, del orden público; y, por tanto, de garantizar que las limitaciones impuestas por virtud de la ley, a las libertades públicas cumplieran el propósito constitucional. De allí que, desde su origen, las funciones de que tratamos, se radicaran en cabeza del Presidente de la República.

Sin abandono de la concepción clásica, puede advertirse que luego con el advenimiento de la concepción de Estado Social de Derecho, que poco a poco se va consolidando con las reformas constitucionales de 1936 y 1968 hasta decantar en la visión de la Constitución de 1991, la consagración de las bases de intervención del Estado en varias esferas de la iniciativa privada, conlleva que las funciones de inspección, vigilancia y control, no solo se expliquen por la preservación de las condiciones de orden público. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional, cuando por ejemplo en Sentencia C-1078 de 2002, señala que: *“En el Estado Social de Derecho el ámbito de esas autorizaciones administrativas se ha visto ampliado de manera extraordinaria ya que, como lo han puesto de presente Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ya no opera exclusivamente a partir de la noción de orden público, concebido en la triple dimensión de*

tranquilidad, seguridad y salubridad, sino que se ha extendido al campo de la actividad económica, dentro del cual adquiere una nueva dimensión, en función del papel que al Estado le corresponde en la dirección de la economía y la promoción del interés general¹”.

En el contexto de los anteriores conceptos, surgen las funciones de inspección, vigilancia y control que se ejercen por las autoridades administrativas con el propósito de mantener el orden público y de hacer prevalecer el interés general expresado en la Constitución y la ley en cada caso.

Así las cosas, la Constitución atribuye al Presidente de la República la función de ejercer la inspección y vigilancia, conforme con la ley sobre: la enseñanza (art. 189.21); sobre la prestación de servicios públicos (art. 189.22); y sobre las instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y se apliquen en forma debida conforme a la voluntad de sus fundadores (art. 189.26).

De otra parte, también se consagra como función del Presidente la de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, así como sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles (art. 189.24).

En el mismo sentido, el Presidente ejerce la inspección, vigilancia y control del Banco de la República según lo dispuesto por el artículo 372 inciso final de la Constitución.

De otra parte, según las voces del artículo 370 Superior el Presidente ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia sobre las entidades que presten dichos servicios.

Las facultades presidenciales mencionadas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 211 de la Constitución pueden ser delegadas, previa autorización legal, en los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, gobernadores, alcaldes y otros agentes estatales.

Asimismo, y en la concepción decantada de la Constitución de 1991, esta norma superior brinda las bases conforme a las cuales se permite que otras actividades diferentes a las que se acaban de relacionar, también sean sometidas a la supervisión y control del Estado², en virtud de las competencias generales del Congreso para regular el ejercicio de las funciones públicas (artículo 150-23) e intervenir en la economía (artículos 333 y 334). En estos casos el ejercicio de funciones de inspección, control y vigilancia también derivará, necesariamente, de la ley.

Sobre el ejercicio de estas funciones ha señalado la Corte Constitucional, mediante sentencia C-851 de 2013, que reitera lo que al respecto ha resaltado en otros pronunciamientos anteriores:

¹ Óp. cit., p. 121.

² Corte Constitucional, Sentencia C-851 de 2013.

“7.1. La función administrativa, conforme a los postulados constitucionales, se encuentra al servicio del interés general y se realiza de acuerdo con la Constitución y los principios de descentralización, desconcentración y delegación. Entre las funciones propias de la administración, se encuentran las de inspección, control y vigilancia de diferentes tipos de actividades sociales y de los agentes que las desarrollan[34].

(...)

7.3. De acuerdo con el inciso 8° del artículo 150 Superior, el Congreso definirá el alcance de las funciones de inspección, control y vigilancia asignadas al Presidente de la República expidiendo las normas a las cuales está sujeto el Gobierno para este efecto. Conforme a lo anterior, el Congreso goza de un amplio margen de configuración legislativa para desarrollar las competencias constitucionales que debe ejercer el poder Ejecutivo y que se fundamentan igualmente en los artículos 150-7, 150-23, 209, 211 de la Carta Política.

En este orden de ideas, la Corte ha señalado que, “definidas las funciones, de inspección, vigilancia y control como administrativas, en los términos de la Constitución, resulta claro que su estructuración, finalidad, medios, efectos, formas institucionales y modalidades estructurales deben seguir los parámetros y definiciones que de manera explícita señala la Constitución”[37].

7.4. Por su parte, las funciones de inspección y vigilancia del Presidente, son las que establece el artículo 189, en relación con la prestación de los servicios públicos –numeral 22–, sobre las instituciones de utilidad común con la finalidad de que las rentas de estas se conserven y sean debidamente aplicadas y que en todo lo esencial se cumpla la voluntad de los fundadores –numeral 26–, respecto de la enseñanza –numeral 21–, sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo o inversión de recursos captados del público, así como respecto de las entidades cooperativas y las sociedades comerciales –numeral 24–.

7.5. Pero además de las facultades de control, inspección y vigilancia expresamente señaladas en el artículo 189 superior, el legislador está facultado en virtud de los artículos 333 y 334 de la Constitución, a asignar al Ejecutivo competencias de esta naturaleza como una manifestación del poder de intervención del Estado en la economía.

7.6. La jurisprudencia ha indicado igualmente que en el ejercicio de dichas funciones eminentemente administrativas, el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa, situación que, como se señaló arriba, permite al Congreso regular la desconcentración y delegación de estas competencias creando instituciones especializadas que actúan bajo la dirección y orientación del Gobierno en la realización de labores de inspección, control y vigilancia[38]. En esta misma línea, se ha indicado que “siendo evidente que no le es posible a quien es jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa, asumir directa y personalmente su cumplimiento, **es obvio que la ley, en desarrollo de la Constitución Política, puede prever el adelantamiento de las labores inherentes a esa atribución presidencial por organismos especializados**

capaces de efectuarlas con la eficacia y la exhaustividad requeridas, pues de otro modo los propósitos superiores quedarían desvirtuados al tomarse nugatorias las aludidas funciones presidenciales y, por contera, las que en los asuntos económicos atañen al Estado, merced a expresa disposición constitucional”[39]. De acuerdo con la Constitución, el Presidente de la República tiene la facultad de determinar, dentro del marco de la ley, cuáles funciones delega conservándose la posibilidad de reasumirlas conforme lo dispone el artículo 211 Superior[40]. Aunque no todas las funciones son delegables, las competencias que el artículo 189 asigna al Presidente de la República sí pueden serlo en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, entre otros.

7.7. Es importante subrayar que las **funciones de control, inspección y vigilancia, también se desprenden del numeral 23 del artículo 150 de la Constitución, conforme al cual le corresponde al Congreso de la República: “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas (...)”** (subraya y negrilla fuera de texto).

Igualmente, ha reiterado la jurisprudencia constitucional, que de conformidad con los mandatos constitucionales referidos (Sentencia C-199 de 2001, reiterada en Sentencia C-782 de 2007 y en Sentencia C-172 de 2014):

“4.3 Ahora bien, como se infiere de distintos mandatos constitucionales, las funciones de inspección, control y vigilancia asignadas al Presidente de la República, deben ser desarrolladas con la anuencia y participación del órgano legislativo a quien le corresponde definir el fundamento jurídico de su ejercicio. En efecto, según, lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 150 Superior, al Congreso le compete ‘Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución’. En el caso específico de los servicios públicos, también el numeral 23 de la norma antes citada, le asigna al legislador la función de “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”, al tiempo que el inciso segundo del artículo 365 ibídem señala que estos ‘estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley’.

4.4 Bajo estas condiciones, ha de considerarse que el Congreso es el organismo encargado de fijar las directrices que gobiernan las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos, y que el Presidente es la autoridad llamada a desarrollarlas y ejecutarlas. Sobre esto último, en cuanto el ejercicio de tales funciones es ante todo de carácter administrativo, puede sostenerse que el Presidente de la República obra y actúa como suprema autoridad administrativa, circunstancia que a su vez habilita al Congreso para disponer la desconcentración y prever la delegación de tales actividades, mediante la creación de instituciones especializadas que, bajo la dirección y orientación del Gobierno, ejecuten las labores de vigilancia y control”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

De lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Que sin perjuicio de la titularidad presidencial originaria o derivada de las funciones de inspección, control y vigilancia, siempre y en todo caso, es al Legislador, de

acuerdo con el inciso 8° del artículo 150 Superior, a quien corresponde definir el ordenamiento normativo a las cuales está sujeto el Gobierno para este efecto, para lo cual, según lo infiere la Corte Constitucional, el Congreso goza de un amplio margen de configuración.

- Con todo, debe recordarse como lo hace la Sentencia C-172 de 2014 que, “No obstante, este Tribunal ha precisado que el grado de discrecionalidad del cual dispone el Legislador en la determinación de las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia no es absoluto. De un lado, por cuanto en ningún caso esas atribuciones pueden llegar al punto de vaciar las funciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, ya que en ese ámbito existe una expresa reserva constitucional...”.
- Que conforme a las bases constitucionales, el Legislador también está facultado en desarrollo de lo previsto por los artículos 333 y 334 de la Constitución, para asignar a la Administración Pública a cargo del Ejecutivo competencias de inspección, vigilancia y control, como una manifestación del poder de intervención del Estado en la economía.
- En el caso preciso de la delegación y desconcentración de las funciones asignadas al Presidente como suprema autoridad administrativa, en la materia que ahora nos ocupa, el Congreso al regular el desarrollo de estos instrumentos de división del trabajo administrativo tiene a su cargo la regulación de estas competencias creando instituciones especializadas que actúan bajo la dirección y orientación del Gobierno en la realización de labores de inspección, control y vigilancia. De allí que la propia Sentencia C-172 de 2014, afirme que en estos casos “... la actividad legislativa está condicionada por la evaluación y valoración de las características técnicas de la materia a delegar y por la especialidad del órgano que puede ser creado para asumirla, buscando de este modo racionalizar la función administrativa”³.

Dado lo anterior, puede afirmarse que la organización y funcionamiento de las superintendencias, como órganos de supervisión del Estado, gira alrededor de la función de policía administrativa, que por naturaleza reside en el Presidente de la República, pero que por virtud de la delegación y/o por disposición legal, puede ser ejercido por otras autoridades administrativas.

Asimismo puede afirmarse que se trata de un núcleo de atribuciones, que al definir el campo de acción de la policía administrativa especial, bien puede originarse en las expresas atribuciones que establece la Constitución como corolario de las determinaciones de intervención del Estado en la economía, en la iniciativa privada o en la prestación de los servicios esenciales, la cual siempre deberá obedecer a la expedición de una ley previa en la que se determine lo atinente a su gestación, atribución y ejercicio.

Lo anterior desde el enfoque sustantivo, permite explicar por qué como medios de cumplir los propósitos de orden público, interés general e intervención del Estado, las potestades

3 Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 2001.

mencionadas derivan de la delimitación de conceptos de poder de policía y función de policía. Por virtud del Poder de Policía, que se ejerce a través de la ley o por virtud de ella, se delimitan derechos constitucionales de manera general y abstracta y se tipifican los elementos de limitación o restricción, de modo específico y concreto, en garantía del interés general y/o del orden público.

En ese orden de ideas, las actuaciones de supervisión del Estado, sobre las actividades de los particulares, solo tienen posibilidad constitucional si el Legislador, conforme a las condiciones de “estructuración, finalidad, medios, efectos, formas institucionales y modalidades estructurales” previstas en la Constitución, contempla regulaciones que sometan a limitación, restricción o a un régimen jurídico especial, determinadas actividades consideradas como servicio público o de interés general, de manera que la administración del Estado ejerza la supervisión adecuada y conforme a los alcances que el mismo Legislador le imponga de manera previa.

Al respecto, cabe hacer referencia nuevamente a la Corte Constitucional, que desde la Sentencia C-366 de 1996 tiene establecido lo siguiente:

“En líneas muy generales, según la doctrina nacional, el poder de policía es una de las manifestaciones asociadas al vocablo policía, que se caracteriza por su naturaleza puramente normativa, y por la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal, y con fines de convivencia social, en ámbitos ordinarios y dentro de los términos de la salubridad, moralidad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen.

Esta facultad que permite limitar en general el ámbito de las libertades públicas en su relación con estos términos, generalmente se encuentra en cabeza del Congreso de la República, en donde es pleno, extenso y preciso, obviamente ajustado a la Constitución, y, excepcionalmente, también en los términos de la Carta Política está radicado en autoridades administrativas a las cuales se les asigna un poder de policía subsidiario o residual como en el caso de la competencia de las asambleas departamentales para expedir disposiciones complementarias a las previstas en la ley.

De otra parte, la función de policía implica la atribución y el ejercicio de competencias concretas asignadas de ordinario y mediante el ejercicio del poder de policía a las autoridades administrativas de policía; en últimas, esta es la gestión administrativa en la que se concreta el poder de policía y debe ser ejercida dentro de los marcos generales impuestos por la ley en el orden nacional. Su ejercicio compete exclusivamente al Presidente de la República, a nivel nacional, según el artículo 189-4 de la Carta, y en las entidades territoriales a los gobernadores y los alcaldes quienes ejercen la función de policía (arts. 303 y 315-2 C. P.), dentro del marco constitucional, legal y reglamentario.

En síntesis, en el ejercicio del poder de policía y a través de la ley y del reglamento superior se delimitan derechos constitucionales de manera general y abstracta y se establecen las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo, mientras que a través de la función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía.”

Es en el contexto claramente definido por la Corte Constitucional, en el que tienen cabida y explicación las funciones de inspección, vigilancia y control. De conformidad con el tratamiento del poder de policía previsto en la Constitución, la regulación de los derechos y las libertades tienen reserva de ley, mientras que la preservación y restablecimiento del orden público está atribuido al Presidente de la República y sus agentes, para estos efectos, en todos los niveles territoriales. Así las cosas, solo por virtud en desarrollo de normas de rango legal es posible establecer límites y regulaciones a las libertades y derechos. Lo anterior significa que la titularidad del poder de policía reside en el Legislador y se ejerce en desarrollo de lo prefigurado en la Constitución para regular y limitar derechos. Las autoridades administrativas, en los casos expresamente determinados por la Constitución o con sujeción a ella, ostentan dicho poder, cuando disponen en ese ordenamiento facultades de reglamentación o de regulación.

Por su parte, la función de policía implica capacidad en quien la ostenta, de aplicar y hacer cumplir los mandatos y prohibiciones que derivan del poder de policía. Es decir, por virtud de la función de policía se hacen cumplir las reglas postuladas por el poder de policía. Dicha potestad que como vemos reside en la suprema autoridad administrativa, bien puede ser delegada en otras autoridades administrativas de conformidad, también con el régimen que establezca la ley de acuerdo con el numeral 23 del artículo 150 Superior. Así lo reafirma la Corte Constitucional, cuando en la Sentencia C-233 de 1997, establece: *“Importa destacar que las funciones de inspección, vigilancia y control a las que se acaba de hacer referencia, deben llevarse a cabo por las superintendencias encargadas, bajo la orientación del Presidente de la República que es el titular de las respectivas competencias **y, en todo caso, con absoluto ceñimiento a las pautas contenidas en la ley, ya que el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política ordena que el ejercicio de las funciones allí consagradas se efectúe “de acuerdo con la ley” y, en armonía con ese mandato, el artículo 150-8 Superior otorga al Congreso la facultad de “Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución”**”*. (Negrilla y subraya fuera de texto).

En el anterior contexto material y formal que permite localizar las funciones de inspección, vigilancia y control, procede hacer referencia a las propiedades que, sin perjuicio de sus específicas atribuciones, caracterizan en general y como mínimo común denominador, la organización y las funciones de las superintendencias, sin perjuicio claro está, del respectivo régimen jurídico que por virtud del objeto o materia de supervisión, establezca el Legislador y aún el Constituyente con las especificidades de cada caso .

De acuerdo con el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, existe la categoría legal de superintendencias sin personería jurídica que define *“Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal”*.

También precisa la categoría de superintendencia con personería jurídica, en virtud del artículo 82 de la misma Ley 489, conforme al cual *“Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía*

administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”.

En consonancia con lo anterior, puede precisarse a partir de la estructura del artículo 38 y del inciso 3° del artículo 39 *ibídem*, que las superintendencias sin personería jurídica forman parte de la Administración Central Nacional, como los ministerios y los departamentos administrativos; y que las superintendencias con personería jurídica como parte del sector descentralizado del orden nacional, estarán adscritos a un ministerio. En efecto, dice el mencionado inciso 3° que: *“Asimismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un ministerio o a un departamento administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el sector descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.”*

Como características generales aplicables a toda superintendencia se encuentra que:

- Son entidades del orden nacional que por su objeto ejercen funciones públicas propias del Estado. A diferencia de las empresas estatales y de las sociedades de economía mixta, las superintendencias están sometidas por entero al estatuto de las entidades que ejercen funciones exclusivas del Estado. En consonancia la Sentencia C-617 de 2002, al reivindicar la naturaleza estatal de estas actividades, señaló que: *“4. Para la Corte no hay duda de que resultan inconstitucionales las normas legales que permitan a los particulares ejercer las funciones de control, inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, por ser asuntos cuya competencia está en cabeza del Presidente de la República. Es decir, existe reserva constitucional en el Presidente para el ejercicio de estas funciones”.*
- Esa naturaleza eminentemente estatal de las funciones que nos ocupan, es lo que no permite hacer un tratamiento de las superintendencias, como el que se hace de otro tipo de entidades descentralizadas que, como las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, cumplen actividades como los particulares.
- Dichas funciones de las superintendencias, son de carácter tuitivo en cuanto que su objeto misional implica esencialmente atribuciones de imposición unilateral, como resulta propio del ejercicio de la función de policía administrativa.
- Cumplen funciones de inspección, vigilancia y control, atribuidas mediante delegación que haga el Presidente de la República o por atribución directa del legislador en áreas especializadas del interés general y del orden público, como las que se configuran en los sectores considerados como servicios públicos esenciales, actividades de interés general que requieren la intervención del Estado para su ejercicio, es decir *“deben ser desarrolladas con la anuencia y participación del órgano legislativo a quien le corresponde definir el fundamento jurídico de su ejercicio”* (c-782 de 2007). Significa lo anterior, que bien sea por delegación presidencial o bien por

atribuciones directas del legislador, en los dos casos, debe intervenir este último para habilitar las funciones de las superintendencias y de los superintendentes.

- Las superintendencias son titulares de la función de policía administrativa especial, en cuanto se ejercen sobre una específica actividad. De allí la necesidad de reiterar lo atinente a la determinación previa y en cada caso, de las funciones de inspección, vigilancia y control, por parte del legislador, aún en los casos de delegación presidencial, que se termina de explicar por la necesaria definición legal de las regulaciones que a la postre limitan la iniciativa particular. Esto lo señala la Sala de Consulta del Consejo de Estado, en concepto 2223 de abril de 2015, **“Por tanto, las funciones de inspección, vigilancia y control de una actividad privada son por su naturaleza formas de intervención estatal que conllevan restricciones importantes al libre ejercicio de las actividades privadas (artículos 16 y 333 C. P.), al derecho de asociación (artículo 38 C. P.) y a la reserva de la información privada (artículo 15 C. P.), entre otros derechos fundamentales. Además, como tales funciones y, particularmente, la de control, normalmente van acompañadas de una potestad sancionatoria que les asegura eficacia⁴, entran en juego también otras garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio de legalidad sancionatoria (artículo 29 C. P)”**. (Subraya y negrilla fuera de texto).
- En todos los casos, las superintendencias gozan de autonomía administrativa para el ejercicio de sus funciones, que no solo se explica por el carácter de autodeterminación o autogobierno, para su adecuado funcionamiento logístico-administrativo, sino que ha de entenderse, conforme a la respectiva ley de creación y régimen normativo correspondiente, que en tal autonomía reside un marco de protección para el ejercicio del núcleo de atribuciones de supervisión del Estado sobre las actividades reguladas cuyo control se les ha asignado. Por tanto, deben mantenerse en el contexto de la objetividad y la tutela de derechos y deberes. Es lo que explica que por ejemplo, en algunos casos la ley disponga que el respectivo superintendente se vincula por un periodo fijo.
- En consonancia con lo anterior, las superintendencias son organismos de carácter técnico, por cuanto exigen pleno conocimiento del sector objeto de supervisión, de modo que la aplicación y ejercicio de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control establecidas por la ley, se adelanten de manera especializada y conforme a la ciencia y técnica que estas funciones demandan para cada sector. No en vano la Corte Constitucional, ha señalado que: **“Se deduce de los anteriores predicados que el**

4 Se ha explicado además que el control es la expresión más fuerte del poder de supervisión estatal de las actividades privadas, en la medida que permite sancionar e incidir directamente en las decisiones del ente vigilado: “Mientras que la inspección y la vigilancia se consideran mecanismos leves o intermedios de control para detectar irregularidades en la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad, el control supone el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control” Sentencia C-570 de 2012, reiterada en Sentencia C-851 de 2013. Igualmente sentencia C-263 de 1996, reiterada en Sentencia C-172 de 2014, en cuanto a que el “control” comprende necesariamente las funciones de inspección y vigilancia: “Referidas a las competencias asignadas a la Superintendencia, la función de control denota la idea de comprobación, fiscalización, inspección, intervención y vigilancia. Por lo tanto, dentro de esta se comprende la función de inspección que da la idea de examen, revista o reconocimiento minucioso por quien ejerce la respectiva competencia, así como la función de vigilancia, que implica la actividad de cuidado, observación, atención, celo y diligencia que se debe desplegar en relación con las acciones que se desarrollan por las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios”.

desempeño de las competencias atribuidas a algunas superintendencias en lo atinente a la inspección, vigilancia y control está condicionado a la cabal observancia de las directrices que la ley trace con arreglo a criterios estables que, sin embargo, no impiden la actuación ágil y oportuna de estos organismos, encargados de verificar en la práctica la transparencia de las operaciones sometidas a su escrutinio, ni enervan la flexibilidad por estos requerida para hacer efectivos en las situaciones concretas los postulados constitucionales y legales, todo lo cual exige que se les dote de los instrumentos y de las atribuciones necesarias". (Sentencia C-233 de 1997).

- De todas formas, como está previsto para toda entidad del Estado y lo dispone el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, la ley que disponga la creación de unas superintendencias deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, y contener entre otros su naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.

Un aspecto esencial en el tema que nos ocupa, se refiere a la naturaleza y alcance de las funciones de inspección, vigilancia y control, como atribuciones administrativas, en los términos que han quedado expuestos en los párrafos anteriores. Desde el punto de vista doctrinario, resulta verdaderamente aventurado intentar una definición abstracta y general de estas tres funciones, pues lo cierto es que la delimitación de las mismas, es realizada por el legislador en cada caso concreto, frente a cada sector o actividad que, conforme a la Constitución, deba ser materia de intervención administrativa; y por tanto, frente a cada tipo de superintendencia titular de la supervisión estatal respectiva.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de la materia en varias oportunidades, de la cuales se traen a colación las siguientes dos que reflejan la posición de la Corte en este sentido. Así, mediante Sentencia C-851 de 2013, señaló:

"7.2. La Corte ha reconocido que no existe, ni en la Constitución ni en la ley, una definición única de lo que se entiende por actividades de inspección, vigilancia y control y que sea aplicable a todas las áreas del Derecho. En vista de lo anterior, la jurisprudencia ha acudido a diferentes fuentes normativas y ha descrito en términos generales dichas actividades de la siguiente manera:

7.2.1. La función de inspección consiste en la facultad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control;

7.2.2. La vigilancia hace alusión al seguimiento y evaluación de las actividades de la entidad vigilada;

7.2.3. El control 'en sentido estricto' corresponde a la posibilidad de que la autoridad ponga en marcha correctivos, lo cual puede producir la revocatoria de la decisión del controlado o la imposición de sanciones"⁵.

⁵ Sentencia C-851 de 2013. En Sentencia C-570 de 2012 también se dijo: "A partir de los anteriores criterios, es posible concluir que, en términos generales, las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de **inspección** se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la **vigilancia** alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el **control en sentido estricto** se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones". (Negrilla original). Ver igualmente Sentencia C-787 de 2007, entre otras.

En Sentencia C-570 de 2012 también se dijo:

- *“A partir de los anteriores criterios, es posible concluir que, en términos generales, las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones”.*

Si bien es cierto que el máximo tribunal reconoce la dificultad de una abstracción plana de los tres conceptos, por la diversidad de grados que tienen en función del tipo de superintendencia, también es cierto que la Corte hace un esfuerzo de simplificación que viene a convertirse en criterio del mínimo común denominador de las funciones predicables de estos órganos de supervisión administrativa, como lo son las diferentes superintendencias.

En ese orden de ideas, sin perjuicio de lo que en cada caso establezca la ley que regula y establece las atribuciones de cada uno de estos entes en particular, puede configurarse un esquema a partir de tales formulaciones jurisprudenciales que, con apoyo en el respectivo régimen jurídico y sector supervisado, tenga el siguiente alcance:

- Las tres funciones resultan complementarias y concurrentes para el ejercicio de una adecuada supervisión.
- La inspección implica una función de carácter preventivo que consiste en recabar información por parte del ente de supervisión, con el propósito definido de conocer, verificar y confrontar las actividades que practican y la situación en que se encuentran los actores en el respectivo sector supervisado. Normalmente esta función cuenta con herramientas tales como la solicitud de información, la práctica de visitas y realización de indagaciones. Se trata de una función que dependiendo de lo previsto por la ley en cada caso, puede ser permanente u ocasional, integral o parcial.
- Por su parte la función de vigilancia consiste en una actuación también con vocación preventiva que tiene por objeto actuar para evitar o subsanar la existencia de irregularidades ante situaciones que configuren riesgo o amenaza para la buena marcha u operación de las actividades vigiladas, de acuerdo a los objetivos de las normas que las regulan. Puede ser activa, cuando adopta medidas y hace requerimientos; o pasiva cuando se manifiesta en la función de velar. Dentro de sus medios de ejercicio se cuenta, dependiendo de lo que para caso determine la ley: velar por el cumplimiento de las disposiciones, proferir autorizaciones previas de funcionarios u operaciones o determinaciones internas, dictar medidas cautelares, emitir certificaciones, entre otras.
- Finalmente la función de control, corresponde a la potestad expresamente reconocida por la ley para imponer medidas de corrección a los vigilados; reconducir

su conducta a lo previsto en la regulación de las actividades, como consecuencia de la transgresión al régimen jurídico correspondiente, bien como efecto fallido de las medidas de vigilancia, bien como consecuencia de la potestad sancionatoria administrativa. Dentro de sus medios de ejercicio se cuenta, según lo que determine la ley en cada caso, con las posibilidades de: Impartir órdenes o instrucciones de corrección e/o imponer sanciones administrativas.

Es por lo anterior que cualquier ejercicio de control de tutela sobre las superintendencias, resulta ser más restringido en comparación con el que se ejerce sobre otro tipo de entidades como las empresas industriales y comerciales del Estado.

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

Supervigilancia
Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

2. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada es la entidad encargada de expedir, renovar, suspender y cancelar las licencias de funcionamiento de las empresas que desarrollan o prestan los servicios de vigilancia y seguridad privada, y como autoridad que ejerce la inspección, control y vigilancia sobre estas empresas en un sector que configura la prestación de un servicio público primario, debe obrar con estricta sujeción a la regulación que, en desarrollo de los parámetros contemplados en los citados artículos 84 y 333 de la Constitución, ha desarrollado el legislador, particularmente, en el Decreto 356 de 1994.

Jurisprudencia inspección, control y vigilancia

“Aunque la ley no define “inspección, control y vigilancia”, el contenido y alcance de estas funciones puede extraerse de diversas disposiciones especiales que regulan su ejercicio en autoridades típicamente supervisoras, como las Leyes 222 de 1995 (Superintendencia de Sociedades), 1122 de 2007 (Superintendencia Nacional de Salud) y 1493 de 2011 (Dirección Nacional de Derechos de Autor), entre otras. Con base en tales disposiciones puede señalarse que la función administrativa de inspección comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la vigilancia, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo.

(...)

Las funciones de inspección, vigilancia y control de una actividad privada son por su naturaleza formas de intervención estatal que conllevan restricciones importantes al libre ejercicio de las actividades privadas (artículos 16 y 333 C. P.), al derecho de asociación (artículo 38 C. P.) y a la reserva de la información privada (artículo 15 C. P.), entre otros derechos fundamentales. Además, como tales funciones y, particularmente, la de control, normalmente van acompañadas de una potestad sancionatoria que les asegura eficacia, entran en juego también otras garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio de legalidad sancionatoria (artículo 29 C. P.). Todo lo anterior soporta la exigencia constitucional de que sea el legislador, en atención a principios de soberanía popular, participación y deliberación democrática, quien defina los casos y condiciones en que proceden estas formas de intervención estatal. El artículo 189 de la Constitución le asigna al Presidente de la República funciones de inspección, control y vigilancia sobre la enseñanza (numeral 21), los servicios públicos (numeral 22), las instituciones de utilidad común (numeral 26) y también respecto de las actividades financiera, bursátil, aseguradora, así como de las entidades cooperativas y las sociedades comerciales (numeral 24). Aunque no en todas estas hipótesis se indica expresamente que dichas funciones se ejercerán de conformidad

con la ley, esa exigencia se desprende directamente del artículo 150-8 de la misma Constitución, según el cual le corresponde al Congreso de la República “expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución”. De otra parte, la Constitución permite que otras actividades privadas distintas a las señaladas en el artículo 189, también sean sometidas a la supervisión y control del Estado, en virtud de las competencias generales del Congreso para regular el ejercicio de las funciones públicas (artículo 150-23) e intervenir en la economía (artículos 333 y 334). En estos casos el ejercicio de funciones de inspección, control y vigilancia también derivará, necesariamente, de la ley. De manera que el ejercicio de este tipo de funciones supervisoras, cualquiera sea su origen constitucional (referencias expresas o derivación de la potestad general de intervención del Estado en la economía), está sometido a la exigencia de una ley previa que las asigne y determine las condiciones para su ejercicio. (...) El Gobierno nacional no puede autoatribuirse funciones de inspección, control y vigilancia, pues, se repite, en cualquier caso es necesario que el legislador las haya asignado previamente y establecido los parámetros y límites para su ejercicio. Por tanto, es dable concluir que no resultaría constitucionalmente admisible asignar y desarrollar funciones de control y vigilancia de actividades privadas por vía de reglamento y, menos aún, a través de resoluciones o actos administrativos generales de inferior jerarquía”⁶.

6 Consejo de Estado. Sentencia 16 de abril de 2015. Exp.: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). (C. P. William Zambrano Cetina).

3. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, en el marco de su línea jurisprudencial sobre las limitaciones a la libertad económica, el permiso, la licencia y toda autorización administrativa, configuran situaciones jurídicas de restricción o condicionamiento de libertades, en el ámbito de la intervención del Estado. En efecto “Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, un permiso es una “licencia o consentimiento para hacer o decir algo”. Conforme a esta definición, la jurisprudencia constitucional ha entendido que en materia de intervención del Estado en la economía, el término “**permiso**” hace referencia al condicionamiento del ejercicio de cierta actividad **(i)** a la comprobación previa de que el empresario cumple con ciertas condiciones objetivas del servicio que va a prestar o del bien que va a distribuir⁷, **(ii)** seguida de una decisión administrativa que reconozca tal hecho y faculta al empresario para desarrollar su actividad. A este grupo pertenecen, por ejemplo, las licencias de funcionamiento, ambientales, sanitarias y urbanísticas. //Su carácter “**previo**” se justifica en la obligación del Estado de prevenir actuaciones con un alto potencial de afectación de los derechos fundamentales de otras personas” (Sentencia C-263 de 2011).

De conformidad con el artículo 333 de la Constitución, “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. **Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley... La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación**”. En tal sentido puede afirmarse que existe reserva legal para el establecimiento de los requisitos y condiciones de restricción a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, en cuanto que el Estado no puede exigir requisitos o permisos para su ejercicio, que no estén consagrados en la ley, o autorizados por esta. Se trata de una actividad que solo puede limitarse o condicionarse al cumplimiento de requisitos inspirados en la defensa del interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la nación.

Sobre los alcances de esta disposición, la Corte Constitucional ha decantado su jurisprudencia, en varios pronunciamientos que en lo pertinente al caso se debe traer a colación.

En la Sentencia C-524 de 1995, la Corte expresó: “[E]l Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (...)”.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1078 de 2002, (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

En Sentencia C-228 de 2010, al repasar su línea jurisprudencial, en la materia, sostiene que:

“No obstante, conforme se indicó en precedencia, la Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, en el sentido y ámbitos antes explicados, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado.

Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impida el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares”⁸.

No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación⁹ ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado; solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; ¹⁰ iv) debe obedecer al principio de solidaridad¹¹; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹².

Asimismo en Sentencia C-263 de 2011, la Corte Constitucional, luego de hacer un repaso de su jurisprudencia, sobre los instrumentos de intervención en la actividad económica de los particulares, señala que:

*“Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. **En primer lugar, en virtud de los principios democrático y pro libertate, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al legislador, es decir, es una materia sujeta a reserva de ley, de ahí que el artículo 333 de la Constitución prevé que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica”.**¹³ (...)En segundo lugar, por mandato del artículo*

8 Ibidem.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-615/02, (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

10 Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. (M. P. Eduardo Cifuentes).

11 Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

12 Corte Constitucional. Sentencia C-398 de 1995. (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

13 Corte Constitucional. Sentencias C-415 de 1994, (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-352 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa); entre otras.

189-11 Superior, el Ejecutivo puede intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus potestades reglamentarias y de inspección, vigilancia y control.¹⁴ Sin embargo, su participación debe sujetarse a la ley, es decir, ni el reglamento ni las labores de inspección, vigilancia y control pueden ser una fuente autónoma de obligaciones...”. (Subraya fuera de texto).

Los condicionamientos y comprobaciones previas que soportan la intervención, la autorización o licencia para el ejercicio de las actividades, la exigencia requisitos objetivos para la prestación de los servicios públicos en el desarrollo concurrente de la iniciativa privada y de la libertad de empresa, así como las prohibiciones que se establezcan como barreras de acceso a la respectiva actividad o sector, son materias que por virtud de las normas constitucionales citadas, están sujetas a la reserva de ley en cuanto que la definición de los elementos básicos de las limitaciones solo las puede imponer el legislador, so pena de quebrantar el postulado constitucional conforme al cual “*nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley*” y que “*la ley delimitará el alcance de la libertad económica*”.

Adicionalmente, se trata de una reserva legal que no obra pura y simplemente, sino que está sometida, según la línea jurisprudencial enunciada, a respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, a obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y a **responder** a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En relación a lo que ha de entenderse como el núcleo esencial de la libertad involucrada, la propia Corte se ha ocupado en señalar que: “*La definición de cuál es el “núcleo esencial” de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de **libertad de empresa**, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición¹⁵; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión¹⁶; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable*”. (C-263 de 2011).

En relación con los alcances del artículo 84 de la Constitución, puede enfatizarse en el criterio del constituyente de garantizar la eficacia de las libertades y derechos que derivan o se desarrollan en actividades que por virtud de la propia Constitución se deben someter a la intervención del Estado, mediante la exigencia de requisitos, permisos o licencias, de tal manera que los procedimientos o trámites necesarios para su previa obtención, se ciñan a los requisitos que de modo taxativo y restrictivo haya previsto el legislador en concordancia con lo ya señalado respecto del artículo 333 de la Carta. Así en Sentencia T-460 de 1992, la Corte tiene la siguiente concepción:

14 Corte Constitucional. Sentencia C-352 de 2009, (M. P. María Victoria Calle Correa).

15 Corte Constitucional. Sentencias T-291 de 1994, (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

16 Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995, (M. P. Carlos Gaviria Díaz). La Corte expresó en esta oportunidad: “[E]l Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., **pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión**, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (...)”.

Artículo 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual **se presumirá en todas las gestiones** que aquellos adelanten ante estas”, mientras el 84 es perentorio en señalar que “cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas **no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio**”, principio refrendado en el artículo 333, relativo a la actividad económica y a la iniciativa privada, para cuyo ejercicio “nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley”. (Negrilla y subraya original del texto)//

“De todo lo cual se desprende sin mayores esfuerzos del intelecto que el principio es la confianza, expresada en la presunción de buena fe, mientras que las **excepciones al mismo**, es decir, **aquellas ocasiones en las cuales pueda partir el Estado del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar expresa, indudable y taxativamente señaladas en la ley**. De tal modo que el servidor público que formule exigencias adicionales a las que han sido legalmente establecidas, vulnera abiertamente la Constitución e incurre en abuso y extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-572 de 1997 sostuvo que la seguridad es un servicio público primario y como tal, está sometido al régimen jurídico que fija la ley: “Como servicio público, la seguridad está sometida al régimen jurídico que fije la ley (inciso segundo del artículo 365 citado). Y también por serlo, puede ser prestada por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares, como lo dispone la misma norma. Es la propia ley la que, al reglamentar este servicio, determina quién y cómo lo debe prestar”.

Así las cosas, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada es la entidad encargada de expedir, renovar, suspender y cancelar las licencias de funcionamiento de las empresas que desarrollan o prestan los servicios de vigilancia y seguridad privada y como autoridad que ejerce la inspección, control y vigilancia sobre estas empresas en un sector que configura la prestación de un servicio público primario, debe obrar con estricta sujeción a la regulación que en desarrollo de los parámetros contemplados en el citado artículo 333 de la Constitución, ha desarrollado el legislador, particularmente, en el Decreto 356 de 1994.

No obstante lo anterior, por la naturaleza de los servicios, los permisos de Estado se deciden con base en la facultad discrecional.

Al respecto, es oportuno señalar que el Consejo de Estado ha manifestado sobre la facultad discrecional lo siguiente: “...La administración adopta sus decisiones en ejercicio de facultades más o menos regladas, o más o menos discrecionales: En el primer evento la administración debe decidir de determinada manera, es decir, sin mucha posibilidad de elección. Por el contrario, para hacer uso de su poder discrecional, la Constitución Política, la ley o los reglamentos le dejan un margen de libertad para actuar en un sentido o en otro, **siempre y cuando se respeten los límites contenidos en el marco normativo que le confiere tal facultad**. Esas fronteras, por lo general, atienden a dos condiciones: **de un lado, la competencia** que debe detentar la autoridad para proferir esta clase de decisiones y, del otro, **el fin perseguido, representado por el servicio público**”. (Las negrillas y subrayas no son del texto original)”.

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año 2015

3.1 Concepto sobre el párrafo del artículo del Decreto-ley 356 de 1994

En desarrollo de la labor de análisis sobre la consagración normativa de los requisitos previos al otorgamiento de licencias, autorizaciones y permisos de Estado para la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, según los tipos de actividad regulados en el Decreto Ley 356 de 1994, se procede a formular algunas consideraciones.

Se versó sobre la ausencia de consagración legal, en el texto del mencionado decreto ley, de los requisitos de objeto social único y de cuantía mínima de capital, para el ejercicio de la actividad de asesoría, consultoría e investigación en seguridad o cualquier otro servicio similar relacionado con la vigilancia o la seguridad privada, según las voces del capítulo III de la citada norma legal.

De conformidad con el inciso 1° del artículo 333 Superior, *“la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”*. Se deduce de lo anterior que en materia de iniciativa privada y libertad de empresa:

- La libertad es la regla, mientras que el legislador, por motivos de orden público, interés general, protección de los derechos o adecuada prestación de un servicio público, no establezca las restricciones inspiradas en tales propósitos (ver en este sentido lo dicho por la Corte Constitucional, en Sentencias C-263 de 2011, C-352 de 1994 y C-415 de 1994).
- El ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada, solo puede ser restringida en su ejercicio, mediante la exigencia de permisos, requisitos o autorizaciones previas, siempre y cuando se cuente con la expresa autorización del legislador, asunto que a su vez, debe ser contextualizado con el artículo 84 Superior; y en cada caso, verificar la manera como el legislador ha regulado la materia y ha contemplado las condiciones o requisitos de cumplimiento previo para efectos de que el particular obtenga la correspondiente autorización.

Recordemos, que sobre la exigencia de permisos, autorizaciones y requisitos previos, como objeto de regulación legal previa, ha señalado la Jurisprudencia Constitucional, ver sentencia C-1078 de 2002, que:

*“De manera general puede decirse que la autorización administrativa comporta la existencia de una prohibición previa sobre actividades que en principio se consideran propias de los particulares. **En el Estado Social de Derecho el ámbito de esas autorizaciones administrativas se ha visto ampliado de manera extraordinaria ya que, como lo han puesto de presente Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ya no opera exclusivamente a partir de la noción de orden público, concebido en la triple dimensión de tranquilidad, seguridad y salubridad, sino que se ha extendido al campo de la actividad económica, dentro del cual adquiere una nueva dimensión, en función del papel que al Estado le corresponde en la dirección de la economía y la promoción del interés general.***

Dentro de la tipología de las autorizaciones administrativas presentada por los citados autores importa destacar, para los efectos de esta providencia, en primer lugar, la que corresponde a la distinción entre autorizaciones para la realización de una operación determinada, **que se agotan una vez realizada la operación, y las que se conceden para una actividad que se prolonga en el tiempo, caso en el cual su vigencia se supedita a la persistencia de las condiciones que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento.** En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que las autorizaciones pueden responder a competencias estrictamente regladas, evento en el cual, satisfechas por el particular las condiciones generales previstas en la norma, **la autorización debe concederse necesariamente, o pueden estar previstas bajo la modalidad de una potestad discrecional de la administración, la cual puede tener un margen de apreciación en torno a la oportunidad o las condiciones de la autorización.** Finalmente, García de Enterría y Fernández, distinguen entre autorizaciones personales, reales y mixtas, según que su centro de atención se sitúe en la persona del peticionario, caso en el cual tendrán el carácter de *intuitu personae*, o en las condiciones del objeto, evento en el cual, en principio, no cabría restricción alguna a la libre transmisión de las mismas. Es frecuente, sin embargo, como lo ponen de presente estos autores, que las autorizaciones tengan el carácter de mixtas, caso en el cual están presentes los elementos característicos de los dos extremos.

Las autorizaciones comportan, en general, una limitación de la libre iniciativa y de la libertad económica y no pueden, conforme al régimen constitucional colombiano, establecerse sino por disposición de la ley. En cuanto a qué medida de intervención del Estado en la economía, dichas autorizaciones, en relación con sus fines y modalidades deben sujetarse las previsiones de los artículos 150 numerales 21 y 23, y 334 de la Constitución, y, en todo caso, a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

Cabe señalar, finalmente que, tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, las autorizaciones administrativas no constituyen derechos adquiridos para sus beneficiarios, sino que, particularmente las que se refieren al ejercicio continuo de una actividad y tienen vocación de permanencia, –como las que, precisamente, se conceden para la actividad de transporte–, dan lugar a una situación legal y reglamentaria, en la que los derechos y las obligaciones que de ellas se derivan, están referidos a la norma que establece la restricción para la actividad de los particulares y el régimen de la respectiva autorización. Este tipo de autorizaciones, como lo han puesto de presente García de Enterría y Fernández, “... responden, en efecto, con carácter general al esquema de los actos condición (concepto que perfiló León Duguit); son, pues, títulos jurídicos que ponen al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, una situación, en fin, legal y reglamentaria, cuyo contenido, en su doble vertiente, positiva y negativa (derechos y obligaciones), hay que referir en cada momento a la normativa en vigor”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas. Se deduce de lo anterior que:

- Toda relación jurídico-administrativa, gestada entre una persona natural o jurídica y la Administración Pública, se funda en el concepto objetivo de buena fe, en cuanto

que la administración está obligada a actuar bajo la convicción de lealtad del usuario; y el usuario por su parte, actuará en el ámbito de la confianza legítima que infiere de la normatividad y de la autoridad ante la cual actúa, lo cual le genera la tranquilidad de que esta actuará y definirá su situación de particular, conforme a lo establecido objetivo e inequívocamente por la ley.

- Se establece una presunción conforme a la cual la administración actúa bajo la premisa de que el usuario no la defraudará, presunción que como está planteada puede admitir prueba en contrario, con las consecuencias legales que ello demande.

De otra parte, conforme al artículo 84 de la Constitución Política cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. Lo anterior:

- Resulta ser corolario de que la libertad es la regla (pro libertate) y de la vinculación negativa a derecho de los particulares, artículo 6° también Superior, conforme a la cual *“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*.
- Permite concluir que la reglamentación que establezca el legislador en el marco de las restricciones viables constitucionalmente, a la iniciativa privada excluye cualquier capacidad innovadora de la administrativa, en cuanto a que cierra la posibilidad de que por vía de actos administrativos, se consagren permisos, licencias o requisitos adicionales a los que el legislador establezca para el ejercicio de la actividad o no autorizados por este.

En ese marco constitucional, también recordemos la disposición del numeral I del artículo 1° de la Ley 962 de 2005, que consagra que *para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, únicamente podrán exigirse las autorizaciones, requisitos o permisos que estén previstos taxativamente en la ley o se encuentren autorizados expresamente por esta...* y en cuya virtud *“Las autoridades públicas no podrán establecer trámites, requisitos o permisos para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, salvo que se encuentren expresamente autorizados por la ley...”*

Dado el anterior contexto, es preciso señalar que para el otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos o cualquier otra autorización del Estado, a los que hace referencia el artículo 3° del Decreto Ley 356 de 1994, no es posible crear condiciones de restricción, o extender analógicamente las existentes para otro tipo de servicios o actividades también sometidas a la autorización previa, sin previsión legal expresa o facultad derivada inequívocamente es la ley, es decir, por virtud de la ley o con autorización expresa de esta, como podría ser cuando le da campo expreso de acción a la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República.

En verificación de lo regulado en el Decreto Ley 356 de 1994, a diferencia de lo que ocurre con las exigencias de habilidad para el otorgamiento de licencia de otros servicios de vigilancia y seguridad privada, para el caso de los de asesoría, consultoría e investigación, no

se consigna el de objeto social único, ni el de la sola forma empresarial, ni el de capital, según puede observarse en los artículos 60 a 62. Por su parte, el párrafo del artículo 60 ibídem, sobre el caso de las actividades de asesoría, consultoría e investigación mencionadas, dispone que el Gobierno nacional, esto es, el Presidente y el Ministro del Ramo, “reglamentará el ejercicio de esta actividad”. Previsión que exigiría, en nuestro universo normativo, verificar la existencia de decretos reglamentarios vigentes que den alcance a lo previsto en el artículo 60 mencionado; y, por otra parte, debe afirmarse que es una previsión que claramente confirma la imposibilidad de configuración de requisitos adicionales por parte de la autoridad administrativa ordinaria.

En efecto, si conforme a los artículos 84 y 333 de la Constitución, las exigencias para el ejercicio de una determinada actividad han sido contempladas de manera expresa por el legislador, sin dejar margen de extensión a lo señalado en sus mandatos o sin contar con potestades configurativas expresamente habilitadas o autorizadas por la ley, mal puede la autoridad de control agregar requisitos o extender los que correspondan a otros servicios que también estén asignados a su vigilancia.

Por otra parte, puede también afirmarse que los servicios de vigilancia y seguridad privada, enlistados en el artículo 4º y regulados expresamente en el cuerpo del Decreto Ley 356 de 1994, salvo por su finalidad y ámbito de actuación, cada uno individualmente responde a unas específicas condiciones o características que los diferencian de los otros. La actividad de asesoría, consultoría e investigación en seguridad o cualquier otro servicio similar relacionado con la vigilancia o la seguridad privada, en forma remunerada a terceros, a diferencia de los demás tipos de actividad allí reguladas, hace referencia a labores de ilustración, acompañamiento y estudio, de la vigilancia y seguridad privada y puede incluso ser prestada por personas naturales. De allí que, aparte de las limitaciones conceptuales de párrafos anteriores, tampoco pueda hacerse una aplicación o tratamiento analógico o extensivo de lo que expresamente se regula para los demás tipos de servicios.

Ahora, sobre la potestad del Gobierno nacional, para reglamentar la Ley, que no es otra que la potestad reglamentaria ordinaria, el Consejo de Estado, en Concepto de su Sala de Consulta del 9 de julio de 1996. Exp. 854, acogido y reiterado por sentencia de 2 de diciembre de 2013, Rad. 41719, ha considerado lo siguiente:

- “(...) El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del Gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de esta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial. Ciertamente es imposible que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se puedan comprender en determinada materia. **La ley sienta los principios generales**

y el decreto reglamentario los hace operantes o los particulariza para hacer viable la aplicación de la ley. De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia Constitución.
(Negrilla y subraya fuera de texto).

Por otra parte, es razonable comprender que ante la diversidad y tipología de las actividades referidas en el artículo 4º del Decreto Ley 356, también fuera diverso o diferente el tratamiento que la ley hace de cada una de ellas, en función de su naturaleza y propiedades, en una concepción que en todo caso debe ser respetada en cualquier ámbito de aplicación.

Ahora, visto el tema desde la perspectiva de la atribución y ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, que se le asignan, con diversos grados y niveles a las distintas superintendencias, se observa que las materias que deben ser objeto de tal ejercicio de policía administrativa, también deben ser objeto de regulación legal previa. Al respecto, se trae a colación lo previsto reiteradamente por la jurisprudencia constitucional, en este caso a la voz de la Sentencia C-782 de 2007, cuando dice:

- **“4.3 Inspección y vigilancia: Como ya lo anotó la Sala en apartado anterior, cuando la Constitución afirma que la inspección y vigilancia corresponde al Estado, ello debe interpretarse en el sentido que los criterios y parámetros a partir de los cuales esta función de control debe desarrollarse corresponde fijarlos al legislador, máxime cuando se trata de materias sometidas a reserva de ley como en el caso de los servicios públicos, y bajo el entendido que la función de inspección y vigilancia se encuentra dirigida a velar por el estricto cumplimiento de los criterios y parámetros prefijados por el legislador.**
- El tema de la inspección y vigilancia es un tema que tiene que ver con la organización de la administración y los principios y finalidades de la función administrativa –Ley 489 de 1998–. Respecto del tema de la función de inspección y vigilancia por parte del Estado, esta sala quiere resaltar en esta oportunidad, que esta función depende estrictamente de la ley, esto es, que el fundamento jurídico de su ejercicio viene dado por los criterios generales demarcados por la ley, con mayor razón cuando determinadas materias se encuentran bajo reserva legal.

En este sentido ha sostenido esta corporación:

- **“...Ahora bien, como se infiere de distintos mandatos constitucionales, las funciones de inspección, control y vigilancia asignadas al Presidente de la República, deben ser desarrolladas con la anuencia y participación del órgano legislativo a quien le corresponde**

definir el fundamento jurídico de su ejercicio. **En efecto, según lo preceptuado en el numeral 8° del artículo 150 Superior, al Congreso le compete “Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución”. En el caso específico de los servicios públicos, también el numeral 23 de la norma antes citada, le asigna al legislador la función de “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”, al tiempo que el inciso segundo del artículo 365 ibidem señala que estos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley.**

...Bajo estas condiciones, ha de considerarse que el Congreso es el organismo encargado de fijar las directrices que gobiernan las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos, y que el Presidente es la autoridad llamada a desarrollarlas y ejecutarlas”⁸.

En otra ocasión estableció la Corte:

“Ahora bien, al Congreso de la República le corresponde, expedir las normas a las cuales se debe sujetar el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución Política, según lo dispone el artículo 150, numeral 8°, el (sic) la Carta Política”⁹.

(...)

En síntesis, inspección y vigilancia no significa más que verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias u ámbitos jurídicos se ajuste a la ley, y es el legislador quien dicta las normas generales que sirven de fundamento jurídico para el ejercicio de dicho control. **En este sentido, el Gobierno nacional puede inspeccionar y vigilar, pero el Gobierno no puede dictar las normas, criterios o parámetros generales a partir de los cuales se debe llevar a cabo la inspección y vigilancia, máxime cuando, como se ha insistido, se trata de materias sujetas a la reserva de ley.** Lo que hace el Gobierno, cuando se trata de vigilar e inspeccionar, tiene que ver con la toma y adopción de medidas correctivas y coercitivas con el fin de lograr que unos determinados sujetos en una determinada materia cumplan la ley”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Consecuencia de lo anterior, es que puede afirmarse que la autoridad de inspección, vigilancia y control no tiene la posibilidad de atribuirse objetos, actividades, requisitos o exigencias, que no se encuentren dentro del marco establecido previamente por el legislador en la asignación, parámetros y límites para su ejercicio. Consecuente con esto, no sería posible regular o imponer por vía administrativa ordinaria restricciones no atendibles por la norma legal que establece las condiciones de ejercicio de una actividad, ni por tanto crear sobre estas regulaciones para el ejercicio de la inspección, vigilancia y control, que no estén autorizadas expresamente por la ley.

En tal sentido, se trae a colación, lo señalado por el Consejo de Estado al declarar la nulidad de la Resolución 2852 de 2002, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, sentencia del 24 de enero de 2013, Rad. **2008-00345-00** cuando dice:

- *“De las disposiciones transcritas, se colige con claridad que dentro de las facultades que otorga el Decreto 2355 de 2006 tanto a la Superintendencia como al Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada, no se encuentra la de expedir las regulaciones como la resolución que ahora se acusa; por el contrario, las funciones de reglamentación se circunscriben únicamente a “la utilización de equipos, medios y elementos utilizados por los vigilados para el desarrollo de sus labores de vigilancia y seguridad privada.*
- *Así las cosas, y conforme a lo expuesto, asiste razón al actor en el primer cargo que plantea, pues es palmaria la violación de los artículos 115, 150-1 y 189-11 de la Constitución Política, toda vez que por disposición constitucional la potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política”.*

Así las cosas, bajo la premisa según la cual la regla general es la libertad y la excepción son las restricciones, si la actividad ha sido reglamentada de manera general por la Ley, como ocurre en el caso que se ha referido, entonces resulta claro que sin cobertura o autorización legal expresa y conforme al reparto de competencias constitucionales, las autoridades públicas, en atención al mandato del artículo 84 Superior, no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de tal actividad, principio recogido también, en materia de libertad de empresa, por el artículo 333 de la Carta.

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

3.2 Concepto artículo 84 del Decreto-ley 356 de 1994

En relación con los alcances y consecuencias de lo previsto en el artículo 84 del Decreto Ley 356 de 1994, se procede a formular las apreciaciones sobre los siguientes aspectos.

Un primer aspecto, hace relación a la necesaria delimitación entre la autorización para constituir una empresa de vigilancia y seguridad privada y la licencia de funcionamiento. Al respecto, es preciso hacer claridad sobre los efectos introducidos por el artículo 102 del Decreto Ley 019 de 2012, al modificar el contenido del original artículo 9º del Decreto Ley 356 de 1994 a los que no se hace referencia.

En vigencia del artículo 9º original del Decreto 356, para *“constituir una empresa de vigilancia y seguridad privada”* era indispensable contar con una *“autorización previa”* de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, en una especie de trámite que requería, como soporte, suministrar la información concerniente a *“los nombres de los socios y representantes legales, adjuntando las hojas de vida con las certificaciones académicas y laborales correspondientes, fotocopias de la cédula de ciudadanía y certificado judicial a nivel nacional”*.

Además se trataba de un requisito también previo a la protocolización de la escritura de constitución de la empresa, es decir, debía surtirse dentro de las diligencias propias de dicha constitución a tal punto que la autorización debía realizarse antes de la escritura. Por lo

demás, la constitución de la empresa, autorizada previamente, por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, no le generaba a esta entidad la obligación de conceder la licencia de funcionamiento.

De allí que se comprenda, en ese marco normativo ya modificado, la delimitación entre autorización previa para constituir y la licencia de funcionamiento a la empresa ya constituida.

Sin embargo, lo que viene a preceptuar el artículo 102 del Decreto Ley 019 de 2012, es la supresión del trámite de autorización previa para la constitución de la empresa con la pretensión de obligar a que con la solicitud de licencia se adjunte *“un documento en el cual conste la promesa de sociedad conforme la legislación vigente de vigilancia y seguridad privada, informando los nombres de los socios y representantes legales, adjuntando las hojas de vida con las certificaciones académicas y laborales correspondientes y fotocopias de la cédula de ciudadanía”*. Requisito que como novedad, extiende mutatis mutandis al caso de las cooperativas de trabajo asociado en vigilancia y seguridad privada.

La nueva disposición suprime un trámite y crea uno nuevo para el caso de las cooperativas. Desapareció la autorización previa a la constitución y en todo caso la nueva disposición defiere tal información como requisito adjunto a la solicitud de licencia, ha de entenderse de licencia de funcionamiento. No se trata de una preaprobación, pues es justamente el trámite que se elimina, con el Decreto anti-trámites núm. 019 de 2012. Tampoco puede ser un requisito de la licencia pues, dentro de los requisitos que establece el artículo 11 del Decreto Ley 356 se exige adjuntar la *“copia auténtica de escritura de constitución y reformas a la misma”*.

Quizá lo que buscaba el legislador extraordinario antitrámites, era suprimir un requisito de constitución y preservar el de la licencia de funcionamiento de tal forma que si la misma no se obtiene se genera una causal de disolución, dada la condición de objeto único de las empresas y cooperativas que prestan los servicios de vigilancia y seguridad privada. Pero de ser así, lo adecuado hubiese sido derogar el artículo 9º original que se ha mencionado.

Con todo, cualquiera que sea el efecto de su actual versión, lo cierto es que de una parte no configura una regla de preaprobación, como se ha señalado y, por lo tanto, solo la licencia de funcionamiento será el único instrumento que, expedido por la Superintendencia, permita la prestación de los servicios; y, de otra parte, que la información que se menciona en artículo 102 del Decreto 019 de 2012, conlleva la posibilidad de verificación de potenciales socios o asociados que concurren a la formación de la empresa de cara a verificar como factor del otorgamiento de la licencia si se cumple con las disposiciones legales en cuanto al tipo de personas que conforman la estructura societaria de la empresa o cooperativa.

En todo caso, basta referenciar el contenido del artículo 3º del Decreto Ley 356 de 1994, para concluir con su literalidad que los servicios de vigilancia y seguridad privada, *“solamente podrán prestarse mediante la obtención de licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada”*.

Por otra parte, cualquiera que sea el entendimiento de la debida armonización entre los artículos 9º actual y 11 del Decreto Ley 356 de 1994, resulta evidente que la composición

societaria exige la preceptiva verificación de la Superintendencia, a partir de la regla establecida a su vez, en el artículo 12 *ibidem*, sin perjuicio claro está de lo previsto en el párrafo 2° del artículo 8° del mismo decreto.

De allí la comprensión del artículo 84 de someter a la previa autorización de la Superintendencia “el cambio o inclusión de socios, la fusión, la liquidación y la venta” en las empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada. Parte de la premisa que, para pedir los cambios mencionados, la prestadora del servicio ya se encuentra constituida y en ejercicio de su objeto social.

Ahora bien, en relación a lo previsto en el párrafo del citado artículo 84, al establecer el deber de “solicitar la licencia de funcionamiento dentro de los (6) meses siguientes a la misma”, so pena de tener que iniciar nuevamente el trámite de la autorización, puede señalarse que se trata de una previsión que consagra el decaimiento de la misma, dado su carácter *ope legis*, en la medida en que es el propio legislador extraordinario el que determina materialmente la condición y los efectos que se generan como consecuencia de la omisión de dicho deber en cabeza de las empresas de que trata la norma.

Dicho en otras palabras, el solo transcurso del tiempo de seis meses a partir de la fecha en la que se entiende concedida la autorización de alguna de las situaciones expresamente previstas en el encabezado de la citada norma legal, sin que el interesado cumpla con el deber de solicitar la licencia a la luz de las nuevas condiciones, produce el decaimiento de la misma autorización, pues la disposición obliga a iniciar nuevamente el trámite ante la omisión del deber, se trata de los efectos de una modalidad de acto sometido a una condición resolutoria tácita, omisión que además de dejar sin efectos la autorización emitida en las condiciones del encabezado del mencionado artículo 84, constituiría una posible contravención al régimen de obligaciones a cargo de los prestadores de servicios de vigilancia y seguridad privada, según el marco establecido en el artículo 74 del mismo Decreto Ley 356 de 1994.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta, para la adecuada comprensión del asunto así tratado, que la autorización de que trata el encabezado de la norma bajo estudio es un requisito que el mismo legislador, en este caso, extraordinario, adiciona a los que ya ha previsto el ordenamiento jurídico en normas del mismo rango, para los trámites ordinarios para perfeccionar y/o protocolizar el cambio o inclusión de socios, la fusión, la liquidación o la venta.

Como tema a discutir, la autorización en los eventos reseñados en el citado artículo 84, como requisito adicional establecido por legislación especial que se suma a la ya establecida en las normas del Código de Comercio, debe formar parte de la cadena de requisitos exigidos por estas normas generales y que, así por ejemplo, en los casos en los que se requiere de escritura pública para perfeccionar el respectivo cambio, debe quedar constancia o rasgo del cumplimiento de lo establecido en el artículo 84 del Decreto Ley 356 de 1994, que tiene el mismo rango de aquellas que, como las del Código de Comercio, contemplan los aspectos generales de tales cambios. Lo que implicaría, establecer mecanismos de consonancia con las demás autoridades involucradas en los trámites de estos cambios, que en su mayoría se hacen en el contexto del régimen de sociedades de responsabilidad limitada, si para el caso

de las empresas, nos atenemos a lo dispuesto en visión armónica por los artículos 8° y 12 vistos integralmente y sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 8°.

Así las cosas, bajo la consideración anterior frente al interrogante sobre si es primero el perfeccionamiento del cambio, como presupuesto de la autorización o si es primero la autorización prevista en el encabezado del artículo, como presupuesto de perfeccionamiento del cambio, es dable inclinarse por la segunda opción, porque no tendría mucho sentido que se perfeccionara un acto jurídico al que la ley le incorpora como requisito previo la expedición de una autorización, sin la consecución de la misma.

De otro lado, en relación con la hipótesis de la simultaneidad de la solicitud de autorización y la solicitud de renovación de la licencia, simplemente se considera que el pronunciamiento-otorgamiento de la nueva licencia, debe ser consecuencia de la autorización del cambio solicitado, es decir, que el trámite procede si, en la secuencia de decisiones, se resuelve primero conceder la autorización, de modo que en la expedición de la nueva licencia quede expreso el estudio y análisis de la nueva estructura societaria y su adecuación a lo exigido en el Decreto Ley 356 de 1994.

Por último, es de señalar que los aspectos regulados en el artículo 84 del citado decreto ley, como una modalidad de restricción a las decisiones societarias propias de la iniciativa privada, están cobijados por las reglas de los artículos 84 y 333 de la Constitución lo cual quiere decir que la imposición de autorizaciones, la exigencia de requisitos objetivos para la prestación de los servicios públicos, así como las restricciones a la iniciativa privada y de la libertad de empresa, son materias que por virtud de las normas constitucionales citadas, deben estar expresamente reguladas por el legislador, en el marco de los postulados constitucionales conforme a los cuales “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica”. En tal sentido, no sobra mencionar que las regulaciones, condicionamientos, restricciones y prohibiciones, predicables de los servicios de vigilancia y seguridad privadas, requieren su tipificación expresa en el marco de tales previsiones.

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, expidió la Circular Externa Nro. 20157000000035 del 12 de febrero de 2015, cuyo asunto es “la autorización previa para la cesión de cuotas o acciones de los servicios de vigilancia y seguridad privada” y va dirigida a los representantes legales de empresas de vigilancia y seguridad privada; transportadoras de valores; blindadoras; arrendadoras; escuelas de capacitación; empresas asesoras; consultoras en investigadoras en seguridad privada y directores de cámaras de comercio distritales y municipales, y su contenido es el que a continuación se enuncia:

3.3 Circular Externa núm. 20157000000035 del 12 de febrero de 2015

“El Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada señala las restricciones para la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales. En tal sentido, el artículo 84 del Decreto Ley 356 de 1994 dispuso frente a los temas de cambio o inclusión de nuevos socios, fusión, liquidación y venta de empresas:

“La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada autorizará mediante resolución, el cambio e inclusión de socios, fusión, liquidación y venta de los servicios de vigilancia y seguridad privada de que trata el presente decreto.

Parágrafo: Concedida la autorización, la empresa deberá solicitar la licencia de funcionamiento dentro de los (6) meses siguientes a la misma, en caso contrario deberá iniciarse el trámite nuevamente”.

*Así las cosas, la normativa consagró la obligación para los vigilados de solicitar **autorización previa** frente a los actos que modifiquen la composición de los actos que modifiquen la composición de las sociedades vigiladas. Por tanto, toda actuación enmarcada bajo el amparo normativo del artículo 84 del Decreto Ley 356 de 1994 que involucre sociedades comerciales de cualquier tipo societario, deberá contar previamente con un acto administrativo expedido por esta Superintendencia donde conste la autorización de que trata la señalada disposición.*

En virtud de lo anterior, y conforme lo establecido en el numeral 14 del artículo 4° del Decreto 2355 de 2006, que señala que es función de este órgano de control velar por el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan los servicios de vigilancia y seguridad privada, cualquier trámite, solicitud que contrarie señalado será remitido a la delegatura para el control de esta entidad, absteniéndose entonces la delegatura para la operación de emitir cualquier decisión de fondo hasta tanto se defina la situación sancionable”.

4. PROCESO SANCIONATORIO

4.1 Régimen de transición procesos sancionatorios

El punto de partida de análisis, lo constituye recordar que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, fijó como directriz de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo, aquella conforme a la cual *“las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

Esta norma fue modificada, con un ámbito de mayor precisión por el artículo 624 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, que con el propósito de hacer mayor claridad, mantiene la regla general que contempló de manera centenaria el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pero con la notoria diferencia de que en su inciso 2º la nueva disposición, no se conforma con hacer una alusión genérica a etapas o términos ya iniciados antes de la entrada en vigencia de una nueva ley procesal, sino que, por el contrario, de manera precisa se preocupa por enumerar el tipo de actuaciones que, iniciadas antes de la entrada en vigor de una norma procesal sobre una particular materia, se deben cumplir con fundamento en la ley anterior, cuando durante la vigencia de esta última:

- Se interpusieron los recursos
- Se decretaron las pruebas
- Empezaron a correr los términos
- Se promovieron los incidentes
- Comenzaron a surtir las notificaciones.

Previsiones de la regla ahora contemplada en el Código General del Proceso, que, a su vez permiten entender que:

- Los términos que se encuentren corriendo, al entrar en vigencia la nueva norma procesal, sobre un asunto específico, se regirán por la disposición anterior, bajo la premisa de que la actuación o etapa procesal no ha culminado, pues el tiempo previsto para la misma no se ha consolidado.
- Los incidentes en curso, hipótesis que se refiere a las decisiones que deben adoptarse dentro del proceso, si no han culminado o si no se han perfeccionado ni consolidado, tendrán que terminar su trámite conforme a la ley procesal anterior.

- Las notificaciones que se estén surtiendo, en el interregno en el cual entra a regir una nueva norma procesal, sobre un asunto específico, se perfeccionarán conforme a la vieja disposición.

Sobre la regla general, de vigencia inmediata de la ley procesal, con excepción de las actuaciones iniciadas, pero no agotadas con la ley procesal anterior, se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras, en la conocida Sentencia C-619 de 2001, para reafirmar su conformidad con la Constitución y para señalar que:

“De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal.

(...) Para no contrariar la Constitución, la ley procesal nueva debe respetar los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de este tipo de disposiciones materiales, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales.

7. En relación con el tema que ocupa la atención de la Corte, merece comentario especial la expresión contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” y el alcance que dicha expresión tiene en relación con los efectos de las leyes procesales en el tiempo. Al respecto, es de importancia definir si dicha expresión puede tener el significado de impedir el efecto general inmediato de las normas procesales, bajo la consideración según la cual tal efecto implicaría que la persona procesada viniera a serlo conforme a leyes que no son “preexistentes al acto que se le imputa”.

En relación con lo anterior, la Corte detecta que la legislación colombiana y la tradición jurídica nacional han concluido que las “leyes preexistentes” a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter substancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal expresado en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

(...) Por lo tanto, en relación con los efectos del tránsito de legislación procesal, el legislador puede adoptar una fórmula diferente a la del efecto general inmediato y prescribir para algunas situaciones especiales la aplicación ultractiva de la ley antigua a todos los procesos en curso, pues, salvo los límites comentados, ninguna disposición superior se lo impide. Así como el legislador tiene competencia para mantener en el ordenamiento las leyes hasta el momento en que encuentra conveniente derogarlas, modificarlas o subrogarlas, de igual manera puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. La aplicación ultractiva, entendida como la determinación legal según la cual una ley antigua debe surtir efectos después

de su derogación, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por los motivos de conveniencia que estime razonables. Ahora bien, a pesar de lo anterior, la competencia aludida del legislador no puede ejercerse desconociendo las normas superiores relativas a los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues ellos en sí mismos constituyen límites generales a la libertad de configuración legislativa”.

Por su parte el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de octubre de 2003, rad. 17213, reitera la anterior posición de la siguiente manera:

*“La ley 153 de 1887 determina que **las leyes procesales** (de sustanciación y ritualidad de los juicios) rigen desde su vigencia y por tanto prevalecen sobre las anteriores, es decir que son de aplicación inmediata excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación (art. 40). Tal previsión ha permitido concluir que a las situaciones reguladas en leyes no procedimentales (**sustanciales**) debe aplicárseles la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho que la ley sanciona, coligiéndose entonces que la regla general predominante es la de **irretroactividad** de la ley y que la excepción nace de la indicación expresa del legislador sobre **retroactividad** o cuando en materia penal y disciplinaria aparece el principio de favorabilidad”.*

De lo anterior, queda establecido:

- Que sin perjuicio de los postulados constitucionales, el legislador es quien tiene la discrecionalidad de fijar los efectos generales y especiales de la ley en el tiempo.
- Que la regla general, que en materia procesal ha fijado la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos, las actuaciones y diligencias iniciados y no consolidados, con la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que culminarán bajo la ultractividad de la ley antigua.
- Que tal discrecionalidad del legislador, encuentra límites impuestos por el Constituyente, como lo son entre otros, la garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes anteriores, los principios de reserva legal y favorabilidad en materia punitiva, entre otros.

En el contexto del artículo 29 de la Constitución, las normas sustantivas y las normas procesales de toda actuación administrativa sancionadora tienen reserva de ley, tal y como lo reitera el legislador en los artículos 3º y 47 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), cuando de estos se infiere que las faltas, sanciones y procedimientos, solo pueden estar contenidas en normas con fuerza material de ley y que en defecto de lo cual, aplicarán las disposiciones de la primera parte del CPACA.

Ahora bien, la discrecionalidad relativa del legislador sobre la vigencia de la ley procesal en el tiempo, puede estar regulada a través del principio general que ahora regula el artículo 624 del Código General del Proceso y/o a través de regulaciones especiales y expresas en todo caso en normas de rango legal.

Dicho lo anterior, entonces, podría señalarse que en materia de procedimiento administrativo, salvo la existencia de normas legales y expresas en sentido contrario, las normas de carácter procesal son de aplicación inmediata excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Sin embargo, la Ley 1437 de 2011, se ocupó de hacer pronunciamiento expreso sobre el régimen de transición y vigencia de sus normas, tanto para los procedimientos y actuaciones administrativas, como para los procesos judiciales radicados en la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando al regular el régimen de transición y vigencia de sus normas, dispone en su artículo 308, lo siguiente:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. *El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

Este Código solo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

Nótese que, para que no quede duda alguna sobre los alcances de la regulación allí contenida, el artículo transcrito en primer plano consagra la regla general conforme a la cual, la Ley 1437 de 2011, tendrá aplicación y efecto inmediato tanto en las actuaciones o procedimientos administrativos, como en los procesos judiciales que se inicien a partir de su entrada en vigor, esto es, después del 2 de julio de 2012.

Pero, por otra parte, contempla que los procedimientos y actuaciones administrativas y procesos judiciales que estuvieren en curso al entrar en vigencia la Ley 1437 de 2011 (CPACA), es decir, en curso antes del 2 de julio de 2012, seguirán rigiendo y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.

Lo anterior significa que el legislador de 2011, consagró una especial matización de la regla general sobre la aplicación de la ley en el tiempo, pues acudió al criterio de establecer que en los procedimientos administrativos y en los procesos judiciales en curso antes de la vigencia de la misma, esta ley no tendría efectos inmediatos, sino que continuaría vigente el régimen jurídico anterior, hasta la culminación de los mismos.

En ese orden de ideas, la disposición del artículo 308 del CPACA, al no diferenciar entre los tipos de procedimientos administrativos o de actuaciones administrativas, incluye lo relativo a los procedimientos administrativos sancionadores.

En consecuencia, esta norma de transición que se comenta, aplica exclusivamente para los procesos administrativos sancionadores que al no estar sujetos a normas legales especiales, deban regirse por las normas generales de toda actuación administrativa. Téngase en cuenta que de conformidad con la regla formulada en el inciso 1º del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, lo regulado en el CPACA, en materia de procedimiento administrativo sancionador,

es de carácter subsidiario, porque solo aplica en ausencia de leyes especiales que regulen la materia; y, de otra parte, es supletorio, pues aplica y hace integración normativa frente a lo no previsto en las normas legales especiales que lleguen a existir.

Es importante hacer énfasis en este punto, porque el análisis sobre la vigencia de la Ley en el tiempo sobre la que tratamos, se refiere únicamente al caso de las decisiones que se deben adoptar por parte de autoridades administrativas que se rijan en cuanto al procedimiento administrativo sancionador por las normas generales.

Dado lo anterior, para efectos de establecer si la norma aplicable, en materia sancionadora, es el Decreto Ley 01 de 1984 (C. C. A.), o la Ley 1437 de 2011 (CPACA), debe ahora precisarse cuándo se entiende que se inicia la actuación administrativa correspondiente. Aspecto que sería de muy sencilla determinación, si el C. C. A., hubiese contenido en su texto una expresa regulación del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, como en cambio sí lo hace el CPACA. Sin embargo, debe recordarse que el C. C. A., solo regulaba una clase de procedimiento administrativo que era el común para toda actuación administrativa; que en materia sancionadora el C. C. A. solo hacía una puntual referencia, en su artículo 36, a la garantía que se derivaba de la proporcionalidad en la imposición de sanciones; y que, finalmente, su artículo 38 contemplaba la caducidad de la imposición de sanciones a los tres años siguientes al momento de la ocurrencia de la infracción.

En tal sentido, las remisiones en materia sancionatoria, antes del CPACA, tenían como referente el procedimiento de la primera parte del C. C. A., es decir, las disposiciones sobre las actuaciones provenientes del derecho de petición y/o de las actuaciones de oficio. Al respecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa invocaba como marco delimitador del debido proceso en la actuación administrativa sancionadora, las reglas de los artículos 4, 28, 14 y 34 C. C. A., como sustento de un debido proceso integral, que tuviera como inicio la comunicación de los elementos de la acción u omisión reprochable al interesado. En sentencia del 23 de junio de 2010, sección tercera, Consejo de Estado, rad. 16367, al hacer referencia a criterios jurisprudenciales predicables del C. C. A., y establecer el efecto de convocatoria a un procedimiento sancionatorio (en materia contractual) señala:

*“...se sabe que antes de 1984 las garantías del debido proceso prácticamente no existían, porque no se trataba de un derecho con presencia fuerte en materia administrativa; pero sobre el segundo se tiene que el nuevo código de procedimiento administrativo introdujo varios e importantes derechos que hacen parte del debido proceso, **es el caso del derecho a que se comunique la iniciación de un procedimiento administrativo –arts. 14 y 28 C. C. A.,–; el derecho a impugnar las decisiones administrativas, a través de la denominada vía gubernativa –arts. 23 y 49 y ss. C. C. A.,–; el derecho a un procedimiento previo a la toma de una decisión, en la medida en que se proscribieron las decisiones de plano –art. 35 C. C. A.,–; el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas –arts. 34 y 56 C. C. A.,–; entre otras.***

La Sala encuentra, en el caso concreto, que pese a que los artículos 14 y 28 C. C. A. exigen vincular, tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, Ferrovías no citó al contratista, salvo cuando adoptó la decisión –mediante la resolución núm. 011 de 1993–, momento para el cual ya era tarde, en términos de garantizar un procedimiento previo que asegure el derecho a discutir los hechos que se imputan.

El asunto es tan claro, que el art. 28 C. C. A. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción–. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan.

Es decir, que para que surtan este efecto –tal como se desprende de cada una de las sentencias citadas–, allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa”.

Darí a entender lo anterior que en ese régimen, el inicio de la actuación estaría dado por el señalamiento expreso de los motivos de inconformidad o reprochabilidad y la posibilidad de defensa frente a los mismos.

Por otro lado, si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 1437 de 2011, se observa que, “cuando como resultado de averiguaciones preliminares”, la autoridad competente establece “que existen **méritos para adelantar** un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado”. (Negrilla y subraya fuera de texto). Lo que materialmente implica, dada la terminología usada por la norma, tomar la decisión de “adelantar” la actuación. Del mismo modo, la norma agrega que “concluidas las averiguaciones preliminares”, la Administración podrá formular los cargos correspondientes, con los requisitos de concreción señalados en la nueva disposición legal.

La expresión “inicio” ha dado lugar a dos tipos de acepción: inicio entendido como el origen de la actuación y en tal sentido, la norma del artículo 47 del CPACA, dispone que el procedimiento sancionador surge de oficio o por solicitud de cualquier persona; inicio también tiene la acepción de dar comienzo al procedimiento administrativo, entendido como la puesta en marcha de las fases que conducen a una decisión administrativa. La acepción a que alude el artículo 308 del CPACA, se predica literalmente de “los procedimientos y las actuaciones administrativas”.

El procedimiento sancionador se configura cuando exista una providencia específica, emitida por el competente, que tenga como efecto inmediato identificar y vincular a sujetos concretos a una actuación administrativa dirigida a establecer si hay o no hay lugar a imponer sanción de tipo administrativo, luego de una valoración previa que conlleva la vinculación del presunto infractor; vinculación necesaria para efectos de las garantías procesales y del ejercicio del derecho de defensa. Se trata en últimas de la providencia que identifica hechos concretos en relación con sujetos concretos a la luz de presuntas infracciones administrativas tipificadas por la ley y que es emitida para ser puesta en conocimiento de los mismos, con miras al debido proceso y a la defensa.

Por otra parte, en decisiones de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aún no estudiadas por el Consejo de Estado, se ha acudido al criterio de la formulación del pliego de cargos como punto de referencia para la aplicación de la ley procesal en el tiempo. Así en decisión

del Tribunal Administrativo de Norte de Santander¹⁷, se acude a lo que la providencia califica como “*símiles de proceso sancionatorio con el proceso disciplinario*”, para aplicar el artículo 233 de la Ley 734 de 2002, conforme al cual “*los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con autos de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior*”.

Esta última tesis, si bien toma una fuente normativa de transición distinta de la de la Ley 1437, implicaría que para el caso del procedimiento administrativo sancionador, regulado en el CPACA, se entendería que la formulación de los cargos es el inicio mismo del procedimiento, lo cual puede ser posible, a la luz del nuevo régimen, si con base en las informaciones allegadas por queja u oficiosamente, la autoridad competente inicia el trámite de una vez con el auto de cargos. Dicho en otras palabras, si la primera providencia que identifique y ordene vincular a presuntos responsables identificados, con la que decide “adelantar” la actuación, correspondiere a la de formulación de cargos.

Por su parte, doctrina autorizada señala que: “*La decisión de adelantar el procedimiento sancionatorio se le debe comunicar al interesado, quien es la persona denunciada que pasa a ser investigada a partir de ese momento, comunicación que no implica una formulación de cargos pero le permite participar en la práctica de las pruebas durante esta primera etapa de la actuación*”¹⁸.

En sentido similar, también sobre estos incisos 2º y 3º del artículo 47 del CPACA, se trae a colación, lo contemplado en obra colectiva de comentarios, publicada por la Universidad Externado de Colombia¹⁹, cuando señala que: “*El artículo impone, además de la obligación de notificar al sujeto que va a ser investigado, la iniciación del procedimiento administrativo. Se trata de una garantía propia del debido proceso, de forma tal que una vez se ha individualizado al presunto infractor, este debe ser informado de la actuación que se adelanta en su contra; en efecto, si bien es cierto que el momento de su defensa es principalmente la formulación del escrito de descargos, también es verdad que, al tratarse de una actuación administrativa, en virtud del artículo 29 C. P. tiene derecho a participar activamente en cualquiera de sus etapas...*”.

En ese orden de ideas, si la determinación que ordena la vinculación de presunto o presuntos infractores identificados, se configura antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, el procedimiento sancionador debe culminarse conforme al régimen jurídico anterior. Si la determinación que ordena tal vinculación de los presuntos identificados, se hizo con posterioridad al 12 de julio de 2012, la actuación se debería regir por lo señalado en la Ley 1437 de 2011. Lo anterior, bajo la hipótesis de que el procedimiento se rige por normas generales, es decir, que no se rige por disposiciones legales especiales, pues en caso contrario, sería necesario verificar lo que dispongan las leyes especiales aplicables.

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

17 Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicado 54-001-33-33-001-2013-00075-01.

18 Arboleda, Perdomo Enrique, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo. Ed. Legis, Bogotá, segunda edición 2012.

19 Benavides, José Luis (compilador) y otros. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, Comentado y Concordado. Universidad Externado, 2013.

En diversas ocasiones, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, ha recibido por parte de sus vigilados, consultas relacionadas a este régimen y en especial las relativas a la notificación y caducidad de la acción sancionatoria que se encuentran previstas en el canon 52 del CPACA ya reseñado en el presente texto. Bajo esta situación, la Supervigilancia ha desarrollado un concepto que a continuación se expone:

4.2 Notificaciones a la luz de los cambios surgidos con la Ley 1437 de 2011 y lineamientos jurisprudenciales

I. En relación con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011

El artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso-Administrativo (en adelante CPACA), es norma de aplicación general que solo puede ser exceptuada por la existencia de normas especiales sobre la materia. Es decir, al tratarse de procedimiento sancionatorio de la Administración aplica mientras no exista, para el caso concreto, régimen legal especial.

De otra parte y como bien puede apreciarse en sus antecedentes, la fórmula que adopta el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, respecto de la caducidad de la potestad sancionadora de la administración en el marco de la regulación general, tuvo como trasfondo de análisis las dificultades de aplicación predicables en su momento del viejo y derogado artículo 38 del Código Contencioso-Administrativo, que se plantearon con la formulación de tres interrogantes en función de la búsqueda de una interpretación plausible:

- ¿La sanción quedaba impuesta con la decisión de fondo sin que se hubiere notificado ni agotado la vía gubernativa?
- ¿Cuándo luego de expedir la decisión de fondo, se hubieren decidido los recursos, sin necesidad de que el acto que resuelve recursos, se hubiera notificado o estuviere en firme?
- ¿Cuándo se resolvían los recursos agotando la vieja vía gubernativa y el acto de esta vía fuera notificado?

La norma que se estudia, contempla tres tipos de plazos de carácter perentorio en cuanto obligatorio; y preclusivo, en cuanto su agotamiento sin decisión conduce a la pérdida de competencia y/o a la ineficacia del acto, según pasamos a explicar en cada caso:

1.1 Plazo de la caducidad para la expedición del acto primigenio

El primer plazo que se regula en el artículo 52 del CPACA, hace referencia al tiempo dentro del cual debe ejercerse la potestad sancionadora para pronunciarse de fondo sobre el establecimiento de una sanción, sin contar dentro del mismo, con el plazo de interposición de recursos. Se trata de un plazo de tres años para imponer sanciones, con la siguiente delimitación:

- Un plazo de tres (3) años contados desde la ocurrencia de los hechos, la conducta u omisión objeto de reproche. Si bien la norma no es expresa en este punto, puede

indicarse que se trata de un tiempo que se inicia desde la consolidación o agotamiento del hecho, conducta u omisión, según se trate de instantáneos o continuados.

- Un término dentro del cual deben iniciarse y agotarse todas las etapas de procedimiento sancionatorio y, por lo tanto, dentro del cual debe **expedirse** y, además **notificarse** el acto administrativo con el que termina el procedimiento administrativo que impone una sanción.

Sobre el particular la sentencia C-875 de 2011, al declarar la exequibilidad de la norma, hizo la siguiente disertación sobre los alcances de esta primera parte de la norma: *“El precepto del cual hace parte el texto acusado y con el que termina este capítulo, regula: i) el término de tres años para la caducidad de la facultad sancionatoria, contados desde la ocurrencia de la conducta u omisión que pudiese ocasionar la infracción, y ii) precisa que en ese plazo el acto administrativo que impone la sanción debe estar notificado. En consecuencia, la caducidad de la facultad sancionadora solo se enerva cuando el acto administrativo que define el proceso administrativo se ha notificado en debida forma”*.

Se trata de una fórmula que como puede verificarse en los antecedentes de redacción de la norma, se inclina por consagrar la “caducidad de la facultad sancionadora” y no por la de la “caducidad de las sanciones”.

- Si la decisión de fondo, a la que alude el primer plazo, se adopta por fuera de los tres años, se expide con falta de competencia, pues por naturaleza la caducidad de dicho plazo es de carácter preclusivo.
- De otra parte, si el acto primigenio se expide dentro del término, pero se notifica por fuera de los tres años, se trata de una decisión ineficaz, pues no puede ser objeto de aplicación o ejecutoria. Se trataría de un caso especial de pérdida de fuerza ejecutoria.
- A renglón seguido, el propio legislador, hace expresa delimitación entre ese plazo de 3 años de caducidad de la decisión de fondo y, por otra parte, el plazo de resolución de los recursos que se interpongan en su contra, al expresar con toda claridad que el acto sancionatorio que se pronuncia sobre el fondo del asunto, es diferente de los actos que resuelven los recursos y al establecer como independiente del plazo anterior, el plazo de un (1) como tiempo preclusivo para la decisión de los recursos.

Es decir, una primera disposición que surge de la norma es la delimitación entre el plazo de caducidad del acto sancionador y el plazo de resolución de los recursos interpuestos en su contra, de la tal manera que si la administración no culmina el procedimiento con la expedición y notificación de la sanción, caduca la potestad que para el caso concreto le confiere la ley.

1.2. En relación con el tiempo límite para decidir los recursos

Ahora bien, la previsión normativa dispone de un segundo plazo que será de un (1) año con exclusivo objeto de resolver los recursos, contado a partir de su debida y oportuna interposición.

Lo anterior, resultaría consonante con lo estimado como acto definitivo por el artículo 43 del CPACA y también con lo que establece el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, CPACA, norma general del procedimiento administrativo aplicable a todo procedimiento administrativo especial salvo norma expresa en contrario, en cuyo texto se establece una clara delimitación entre el denominado acto definitivo que se pronuncia sobre el fondo del asunto y los recursos que proceden contra el mismo. Su encabezado reza: “*Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos”.* (Negrilla y subraya fuera de texto).

Sobre esta delimitación concerniente, en general, a toda actuación de contenido particular y concreto, el Consejo de Estado en Sentencia del 9 de diciembre de 2011, rad. 11001-03-26-000-2001-00030-01(20410) al analizar la relación de acto complejo que se suscita entre el acto definitivo, es decir, el que se pronuncia sobre el fondo del asunto y la etapa subsiguiente del procedimiento administrativo que se concreta en la de formulación y resolución de los recursos en sede administrativa, ha considerado que:

“23. Se trata entonces, de aquellos pronunciamientos de la administración, por medio de los cuales ella crea, modifica o extingue una situación jurídica de carácter particular y concreto, reconociendo derechos, imponiendo cargas, etc., a través de decisiones ejecutivas y ejecutorias, es decir obligatorias por sí mismas y ejecutables directamente por la misma administración, decisiones que una vez expedidas por la correspondiente autoridad, pueden ser objeto de impugnación en sede administrativa a través de la interposición de los recursos ordinarios que procedan en su contra: reposición, apelación o queja.

24. Como resultado de esa impugnación, surge un nuevo pronunciamiento de la autoridad estatal, por medio del cual esta resuelve el recurso interpuesto contra la decisión definitiva, confirmándola, modificándola o revocándola”.

25. Materialmente, entonces, existirán dos actos, el inicial y el que resolvió los recursos de vía gubernativa, lo cual dará lugar a varias situaciones:

25.2. Que se reforme o confirme el acto administrativo impugnado, caso en el cual la decisión se convierte en una unidad jurídica completa contenida en dos pronunciamientos separados físicamente y expedidos en distinto tiempo, pero componentes de un solo querer de la administración, que se torna inescindible. En este caso, el afectado con la decisión de la administración, está en el deber, si pretende que se declare su nulidad por considerarla ilegal, de demandar, tanto el acto administrativo definitivo, es decir aquel que finalizó la actuación administrativa resolviendo la cuestión de fondo mediante la creación de una situación jurídica particular como el acto mediante el cual se resolvió el recurso en su contra, confirmándolo o modificándolo, para que quede correctamente individualizado el acto administrativo objeto de la impugnación judicial”.

Ahora bien, el plazo de un año para la sola resolución de los recursos, que como adicional al de caducidad del acto primigenio contempla el artículo 52 en comento, trae las siguientes consecuencias, dada su redacción:

- El plazo para resolver los recursos se inicia con la debida y oportuna interposición. Requisito que le impone una carga al interesado, de cumplir los términos y los requisitos

de tal interposición; carga que a su vez, se deriva de la que tiene la administración de expedir el acto sancionador y de hacer la debida notificación personal.

- Es un plazo dentro del cual los recursos “*deberán ser decididos*”. Es decir, el plazo está concebido y delimitado solo para que la administración elabore y perfeccione, conforme a la ley, la manifestación expresa de voluntad administrativa que contenga materialmente la decisión del recurso.
- Es un plazo de naturaleza preclusiva, pues como inmediata consecuencia de no decidir los recursos en ese tiempo de un (1) año, *ope legis* se pierde competencia para resolver. En tal sentido, es precisa la Corte Constitucional en la Sentencia C-875 de 2011, cuando manifiesta respecto de los alcances anteriores que: “*Por ende, una vez se notifica el acto sancionatorio se entiende suspendido el término de caducidad que contempla el precepto. No obstante lo anterior, el legislador le fija a la administración un plazo adicional para resolver los recursos contra el acto sancionatorio –un (1) año–, vencido el cual i) el funcionario pierde la competencia para fallar y ii) el recurso se entiende resuelto a favor de quien lo instauró//De esta manera, el legislador introduce una excepción a lo normado en el artículo 86 del nuevo Código Contencioso-Administrativo, en el que expresamente se establece que si pasados dos (2) meses desde la interposición del recurso de reposición o apelación sin una respuesta, el mismo se entenderá negado*”.
- Es decir, que la misma disposición legal se encarga de señalar cuáles son los efectos materiales sobre la situación jurídica del afectado, en el sentido de que tales recursos interpuestos en tiempo se entenderán fallados a favor del recurrente. Nótese que el punto de referencia de este plazo como lo es la decisión de los recursos, es reiterado por la propia norma del 52, al señalar que si los recursos no se deciden en ese término de un año, se entenderán fallados a favor del recurrente.
- Lo anterior “*sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver*”.
- Por lo demás resulta impensable que los dos tipos de plazos son acumulables, como de manera equívoca pensó algún sector de la Doctrina. En ese orden de ideas, los plazos previstos en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, no pueden sumarse ni compensarse. Así las cosas, si el acto que se pronuncia sobre el fondo del asunto, se expide y notifica mucho antes de los tres años, allí previstos, para la caducidad de potestad sancionadora, solo restará la aplicación del plazo adicional de un año para la resolución de los recursos debida y oportunamente interpuestos, al tratarse de un plazo independiente del primero contemplado para culminar el procedimiento.

4.3. Plazo de prescripción de la sanción en firme

Por último, la norma del artículo 52 bajo estudio, contempla el plazo de prescripción de la sanción reafirmada por la decisión en tiempo de los recursos, al disponer que dicha sanción “*decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria*”.

Se trata del plazo que tiene la administración para hacer efectiva, en cuanto a materializar la sanción así decretada. Si la administración no adelanta en ese tiempo de 5 años las operaciones conducentes a hacer efectiva la sanción, el acto que la decreta perdería fuerza ejecutoria, se tornaría ineficaz.

Por tal razón exige que se hayan cumplido todas las actuaciones previstas en la ley para que el acto administrativo se pueda ejecutar. En tal sentido, el acto se puede ejecutar cuando adquiere firmeza, la cual, a su vez se logra al configurarse alguna de las hipótesis del artículo 87 del CPACA.

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

Asimismo, se ha observado que existe cierta ambigüedad relacionada con el silencio administrativo positivo, en el sentido de precisar la manera de comprender su ámbito de aplicabilidad y en qué situaciones procede y cuáles no, por ello esta superintendencia, entabló una postura, descrita en el concepto jurídico que a continuación se cita:

4.3 Casos de silencio administrativo del artículo 52 CPACA

De acuerdo con el artículo 52 mencionado:

*“Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caducas a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, **so pena de pérdida de competencia**, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. **Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente**, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Como lo formulábamos en anterior ocasión, la disposición en cita, consagra tres tipos de plazos extintivos de la potestad administrativa:

- Un plazo de tres (3) años, contados a partir del último hecho o acto que consolide la infracción administrativa, para que la administración genere dos actuaciones: i) emitir el acto administrativo primigenio que impone la sanción; ii) notificar en debida forma el acto administrativo primigenio que impone la sanción.
- Un segundo plazo, adicional al anterior, de un (1) año, contados a partir de la debida y oportuna interposición de los recursos en contra del acto administrativo

primigenio que impone la sanción, para que la administración genere la actuación de resolver tales recursos.

- Lo anterior claramente advierte que el legislador, distingue entre el acto primigenio que impone la sanción y el acto que resuelve los recursos contra el primero.
- Un tercer plazo de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo que impone la sanción, dentro de los cuales la administración debe hacer efectivo el cumplimiento de la misma. Ejecutoria que se consolida al configurarse alguna de las hipótesis del artículo 87 del CPACA.
- La inquietud que nos ocupa se dirige a establecer si es precisa o pertinente una modalidad de pronunciamiento, cuando quiera que se ha cumplido el término preclusivo de un (1) año, previsto para la decisión de los recursos en contra de una decisión sancionatoria primigenia. Al respecto debemos precisar, conforme a la disposición del artículo 52 del CPACA que la hipótesis bajo análisis correspondería:
 - A una situación en la que el acto administrativo primigenio que impone una sanción administrativa, se expidió dentro del término de tres (3) años, subsiguientes al hecho o acto que consumó la infracción administrativa.
 - Los recursos en contra del mismo, fueron debida y oportunamente presentados.
 - Transcurrió un año desde la interposición regular de los recursos y la administración no emitió el acto administrativo que los resuelve.
 - Se configura, dado lo anterior, la pérdida de competencia para resolver tales recursos, por ministerio de la ley.
 - *Ope legis*, los recursos se entenderán resueltos a favor del recurrente, lo que significa, que esta consecuencia prevista por la ley, ante la falta de pronunciamiento de la administración, debe tener como referente el sentido de decisión que expresamente solicita el afectado del recurso.
 - Como se consolida una omisión de la administración, se genera el deber de incoar las respectivas acciones de responsabilidad en contra del funcionario que era titular de la competencia para resolver los recursos.
 - Finalmente debe tratarse de una situación fáctica y jurídica ocurrida y sujeta a la aplicación de la Ley 1437 de 2011.

Para establecer la posibilidad de estructurar las decisiones que verifiquen la ocurrencia de los anteriores elementos en los casos concretos, procede conocer los argumentos de exequibilidad de la expresión “*Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente*”, contenida en el artículo 52 citado, fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 875 de 2011, a saber:

*“El precepto del cual hace parte el texto acusado y con el que termina este capítulo, regula: i) el término de tres años para la caducidad de la facultad sancionatoria, contados desde la ocurrencia de la conducta u omisión que pudiere ocasionar la infracción, y ii) precisa que en ese plazo el acto administrativo que impone la sanción debe estar notificado. En consecuencia, la **caducidad** de*

la facultad sancionadora solo se enerva cuando el acto administrativo que define el proceso administrativo se ha notificado en debida forma.

Igualmente, aclara que: **i)** el acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición, so pena de pérdida de competencia, **ii)** en consecuencia, el recurso se debe entender resuelto a favor del recurrente y **iii)** la responsabilidad patrimonial y disciplinaria del funcionario que omitió resolver en tiempo.

Por ende, una vez se notifica el acto sancionatorio se entiende suspendido el término de caducidad que contempla el precepto. No obstante lo anterior, el legislador le fija a la administración un plazo adicional para resolver los recursos contra el acto sancionatorio –un (1) año–, vencido el cual **i)** el funcionario pierde la competencia para fallar, y **ii)** el recurso se entiende resuelto a favor de quien lo instauró.

De esta manera, el legislador introduce una excepción a lo normado en el artículo 86 del nuevo Código Contencioso-Administrativo, en el que expresamente se establece que si pasados dos (2) meses desde la interposición del recurso de reposición o apelación sin una respuesta, el mismo se entenderá **negado**.

Lo expuesto permite concluir que el legislador modificó sustancialmente el actual artículo 38 del Código Contencioso-Administrativo, Decreto 01 de 1984, que establece el término de caducidad de la facultad sancionadora en tres (3) años desde la consumación de la infracción, pero en el que no se precisan aspectos como: **i)** cuándo se entiende que deja de correr el término de esta y **ii)** qué pasa con los recursos interpuestos contra la decisión, entre otros. Estos asuntos fueron definidos en la regulación que se acusa parcialmente y que entrará en vigencia en julio de 2012.

Aclarado el contenido y el alcance de la norma de la cual hace parte el texto acusado, corresponde a la sala determinar si, como lo afirma el ciudadano Lara Sabogal, desconoce la Constitución la disposición que le fija a la administración **unas consecuencias** por no resolver en un lapso determinado el recurso presentado contra las decisiones que adopte la administración en ejercicio de su potestad sancionadora. En consecuencia, se requiere estudiar la figura del silencio administrativo positivo y la libre configuración del legislador”.

Luego de hacer referencia a la naturaleza del silencio administrativo, la Corte señala:

“Lo dicho en precedencia, le permite a la sala afirmar que la medida que consagra el precepto parcialmente acusado tiene un **fin importante y legítimo**, por cuanto busca que la administración decida en tiempo los recursos interpuestos por los infractores administrativos, con el ánimo de hacer efectivos los principios de celeridad y efectividad propios de la función administrativa y los derechos fundamentales de los asociados, en este caso, el derecho al debido proceso en los términos explicados en precedencia. **De esta manera, se obliga a las entidades estatales que ejercen la potestad sancionatoria a resolver en tiempo los recursos interpuestos y no someter al ciudadano a procedimientos prolongados ante la administración de justicia que, como se señaló en los antecedentes legislativos de la ley en revisión, solo debe activarse en casos excepcionales.**

El silencio administrativo positivo, salvo en las circunstancias excepcionales como la fuerza mayor o el caso fortuito que justifiquen la mora en la resolución del recurso, resulta un medio idóneo para conseguir la finalidad que persigue el legislador: la inversión de la carga que antes pesaba para el ciudadano de demandar el acto ficto mediante el cual se entendía negado el recurso. Es decir, el silencio positivo, en el caso en análisis y con la salvedad hecha, es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto por el precepto, en este caso, soliviar las cargas impuestas a los administrados por la inactividad o desidia del Estado al dejar de responder una solicitud, en este caso, un recurso.

El medio elegido por el legislador en el precepto acusado no está prohibido. En efecto, establecer las consecuencias que se pueden derivar de no responder en tiempo los recursos interpuestos contra el acto sancionatorio permite hacer efectivos, entre otros, los principios de eficacia y celeridad que rigen la función administrativa, como el derecho de defensa de los administrados. Se repite, el legislador puede establecer términos y cargas para una de las partes, en este caso optó por dejar esta en cabeza del Estado, con el objetivo de cumplir y hacer efectivos fines constitucionales legítimos como los que aquí se han enunciado.

Finalmente, debe señalar la sala que la figura del silencio administrativo positivo resulta idónea para que la administración cumpla y decida en término los recursos y ponga fin a las actuaciones administrativas. **En el evento en que ello no ocurra, será la administración y no el ciudadano la que tenga que acudir a la jurisdicción para demandar su propio acto, obviamente, con las responsabilidades que dicha omisión genera para el funcionario renuente.**

La hipótesis de silencio administrativo positivo que introduce el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se puede considerar contraria al derecho al debido proceso de la administración ni al orden social justo, pues es al Estado al que le corresponde definir la situación jurídica de los administrados. Cosa distinta es la responsabilidad civil y patrimonial del funcionario que omitió resolver en tiempo, asunto este que el precepto acusado consagra expresamente. Por el contrario, su inclusión en el ordenamiento jurídico reconoce que la administración tiene un deber de respeto por los derechos fundamentales de los administrados. **Por tanto, esta figura, salvo circunstancias excepcionales como la fuerza mayor o el caso fortuito que justifiquen la mora en la resolución del recurso, se ajusta al artículo 29 constitucional.**

Ella tampoco resulta incompatible con la facultad que se consagra en el artículo 92 de la Constitución, porque su reconocimiento deja incólume la facultad que tiene toda persona natural o jurídica de solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias, las cuales, como se explicó en precedencia deben observar el debido proceso, que entre sus elementos estructurales tiene el cumplimiento de los plazos fijados por el legislador para la adopción o agotamiento de etapas y decisiones”. (Negrilla fuera de texto).

De la anterior posición jurisprudencial y para el caso que nos ocupa, surgen las siguientes conclusiones:

- Las consecuencias que siguen al transcurso del plazo de un (1) año, siguiente a la interposición del recurso contra un acto administrativo que impone una sanción, sin

pronunciamiento alguno del competente para resolverlo, genera una modalidad de silencio administrativo positivo.

- El silencio administrativo positivo, salvo en las circunstancias excepcionales, invocadas por la Corte, como la fuerza mayor o el caso fortuito que justifiquen la mora en la resolución del recurso, se consolida como un medio idóneo para conseguir la finalidad que persigue el legislador, como es la de poner fin a la actuación administrativa.
- Con el silencio administrativo positivo, será la administración y no el ciudadano la que, cuando sea necesario, tenga que acudir a la jurisdicción para demandar su propio acto, sin perjuicio de las responsabilidades que ha generado la omisión de resolver en sede administrativa.
- Como consecuencia del transcurso de un plazo preclusivo, y fundamento de lo que será el silencio administrativo positivo, se genera *ope legis* la pérdida de competencia.
- El efecto de silencio administrativo positivo, se contempla expresamente en la norma cuando impone que los recursos, cuya resolución se omitió dentro del plazo establecido de un (1) año, “se entenderán fallados a favor del recurrente”.
- Aplica solo a situaciones de ejercicio de la potestad sancionatoria, sujetas a la aplicación de lo previsto en la Ley 1437 de 2011.

Dado lo anterior, ante la inquietud de tratamiento de las situaciones jurídicas que confirmaren fáctica y jurídicamente, en casos concretos y en grado de plena certeza, la existencia de los elementos configurativos del silencio positivo regulado en el inciso 1º del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, se debe tener en cuenta que se estaría ante consecuencias que se generan sin necesidad de declaración alguna, simplemente por que operan por el simple transcurso del tiempo y la concurrente omisión de la administración.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 85 del CPACA, ordinariamente en los eventos de un silencio administrativo positivo, la persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que expresamente lo establecen, “*protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto*”, de tal manera que la escritura y sus copias auténticas “*producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió*”. Además, en consonancia con lo anterior, según el numeral 5º del artículo 87 del CPACA, la firmeza del acto ficto positivo, se logra desde el día siguiente a la mencionada protocolización.

Así las cosas, ante la pérdida *ipso jure* de competencia de la autoridad administrativa sobre casos subsumidos en el silencio administrativo previsto en el inciso 1º del artículo 52 *ibídem*, que se acrediten en el grado de plena certeza por la configuración de los elementos fijados por la ley y la jurisprudencia, en las condiciones reseñadas anteriormente, solo existe la precaria posibilidad de:

- Reconocer la imposibilidad de resolver el recurso, por pérdida de competencia en el respectivo caso o expediente.

- Reconocer los efectos del silencio administrativo positivo, en el sentido de entender resuelto el recurso a favor del recurrente, en el respectivo caso o expediente; aunque hay que decirlo, se trata de una acción que ordinariamente se genera a instancias del interesado en el marco de lo previsto en el artículo 85 del CPACA.
- Ordenar la compulsa a la Oficina de Control Interno Disciplinario o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso, para que se investiguen las razones de la omisión en resolver los recursos, en el respectivo caso o expediente.

Debe precisarse que la autoridad no declara ni la pérdida de competencia, ni declara la ocurrencia del silencio administrativo positivo. Solo está limitada a reconocer su existencia, porque estos fenómenos se producen por ministerio de la ley, ante la ocurrencia de los supuestos fácticos que la misma ha fijado.

Todo lo anterior, sobre la base de que los casos estén sujetos a la vigencia de la Ley 1437 de 2011; y sin perjuicio de la posibilidad que tiene la administración, de demandar su propia actuación, como lo insinúa la Corte Constitucional, al señalar que en estos casos, *“será la administración y no el ciudadano la que tenga que acudir a la jurisdicción para demandar su propio acto, obviamente, con las responsabilidades que dicha omisión genera para el funcionario renuente”*.

4.4 Publicidad de los actos sancionatorios y sus límites como antecedentes

Finalmente, se desarrolló un instructivo relacionado con los efectos y referencias consecuenciales de la publicidad de sanciones administrativas y su incidencia como antecedentes en la posterior actividad de los sujetos supervisados por el Estado.

Para realizar el análisis propuesto, es preciso hacer una delimitación precisa entre lo que, son los dos temas objeto de debate que por su naturaleza, finalidad, fuente de regulación y consecuencias, dado que ameritan un tratamiento diferenciado. De una parte, la publicidad de las sanciones administrativas, como resultado de un proceso administrativo sancionador, en el marco de las competencias legales que ostente la superintendencia como organismo de control; y, de otra parte, los efectos de las sanciones administrativas en su condición de antecedentes del respectivo sujeto.

La sanción administrativa, como decisión de carácter particular y concreto que adopta una autoridad de la misma índole, con fundamento en el régimen de faltas, sanciones y procedimiento, siempre de reserva legal, y que tiene consecuencias aflictivas en el sujeto pasivo en quien recae la sanción, es ante todo un acto administrativo, para cuya firmeza se requiere su debida notificación y de ser el caso, el respectivo control de legalidad en sede administrativa.

Como acto administrativo, debe cumplir con los principios y reglas concernientes a la publicidad y oponibilidad de toda decisión administrativa, bien sea particular y concreta; o bien sea, general; porque es una característica de la actuación administrativa que debe cumplir con dos finalidades constitucionales distintas y concurrentes, como son, la primera

derivada del artículo 29 de la Constitución, para garantizar el conocimiento oportuno y defensa de los interesados en la actuación; la segunda, derivada del artículo 74 Superior, de garantizar el derecho de que “*Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley*”.

Precisamente, sobre este concepto de publicidad de las decisiones administrativas de toda índole, ha señalado la Corte Constitucional, en Sentencia C-341 de 2014:

“5.4.1. Una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad, en virtud del cual, se impone a las autoridades judiciales y administrativas, **el deber de hacer conocer a los administrados y a la comunidad en general, los actos que aquellas profieran en ejercicio de sus funciones y que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación, sanción o multa.**

5.4.2. El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el principio de “publicidad”, el cual se evidencia en dos dimensiones.

5.4.3. **La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley.**

(...)

5.4.4. En suma, el principio de publicidad, visto como instrumento para la realización del debido proceso, implica la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico en actuar, a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley, con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción.

Ahora bien, la definición de los medios a través de los cuales se da cumplimiento al principio de publicidad, es competencia del legislador, cuya función es señalar la forma más conducente para dar a conocer el hecho o acto, a los sujetos e interesados.

5.5. Las formas como se realiza el principio de publicidad

5.5.1. Ha sido unánime la jurisprudencia de la Corte Constitucional al sostener que el principio de publicidad de las decisiones judiciales hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, como quiera que todas las personas tienen derecho a ser informadas de la existencia de procesos o actuaciones que modifican, crean o extinguen sus derechos y obligaciones jurídicas, pues solo si se conocen las decisiones judiciales se puede ejercer el derecho de defensa que incluye garantías esenciales para el ser humano, tales como la posibilidad de controvertir las pruebas que se alleguen en su contra, la de aportar pruebas en su defensa, la de impugnar la

sentencia condenatoria y la de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Si nos atenemos al pronunciamiento jurisprudencial expuesto y al mismo tiempo a los principios rectores y comunes a todas las actuaciones administrativas, incluso las de tipo sancionador, podemos afirmar respecto a la publicidad lo siguiente:

-La publicidad de los actos administrativos, cumple unas finalidades en lo particular y de cara al interés general, que no resultan excluyentes entre sí, sino complementarias en el cumplimiento de los propósitos de la función administrativa del Estado.

En lo particular, la publicidad del acto administrativo, garantiza material y formalmente, el ejercicio del derecho de defensa y la consolidación del debido proceso.

En lo general, la publicidad de todo acto administrativo es un instrumento para la realización del postulado previsto en el artículo 74 Constitucional ya mencionado; y de los principios consagrados en el artículo 209 Superior por constituir como lo dice la Corte, en el citado fragmento, “el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley”.

O como lo ya lo había señalado en otros términos la misma Corte en la Sentencia C-012 de 2013:

“4.1.2. Uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C. P., lo reconocen también como uno de los fundamentos de la función administrativa. **La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa, a excepción de los casos en los cuales la ley lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal.** La realización del principio de publicidad, considerado como un mandato de optimización que “depende de las posibilidades fácticas y jurídicas concurrentes”, compete al legislador y varía de acuerdo con el tipo de actuación. Asimismo, requiere de las autoridades y de la administración, una labor efectiva y diligente para alcanzar el objetivo de dar a conocer el contenido de sus decisiones a los ciudadanos”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Como trasfondo de lo anterior, la Ley 1437 de 2011, aplicable en lo no previsto por las disposiciones legales especiales, establece dentro de los principios de toda actuación administrativa, el de publicidad, en cuya virtud, según el numeral 9 del artículo 3º “las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”. (Subraya fuera de texto).

Emerge de la contextura de la norma que se transcribe, el criterio del legislador de comprender dentro de los desarrollos del principio de publicidad de las actuaciones administrativas, no solo los aspectos procesales de intervención de los interesados específicos, sino también la difusión y puesta en conocimiento público, del contenido de sus determinaciones con el deber de utilizar medios que permitan una difusión masiva de conformidad con la ley.

Es decir, que la publicidad forma parte del derecho de la comunidad a conocer las decisiones públicas, sin distingo alguno, *“a excepción de los casos en los cuales la ley lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal”*.

Precisamente, son las disposiciones reguladoras de las actuaciones administrativas, las que establecen las reglas generales en materia de información y documentos y los criterios excepcionales de reserva que se impone a la administración que la genera, la custodia o la conoce. Así, la Ley 1755 de 2015, al sustituir el Título II de la Ley 1437 de 2011, modifica el artículo 24 de esta última, con un enunciado que sobrepone como punto de partida el postulado de la publicidad como regla, al disponer como excepción a la misma: *“solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley”*. Lo que dicho en otras palabras significa que la *información reservada* tiene *reserva de ley*, valga la redundancia, como además se deriva del artículo 74 Constitucional.

En ese contexto, la misma disposición, se ocupa de mencionar el carácter reservado en especial de:

1. *Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.*
2. *Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.*
3. *Las que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.*
4. *Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.*
5. *Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.*
6. *Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.*
7. *Los amparados por el secreto profesional.*
8. *Los datos genéticos humanos”.*

Listado que se transcribe, para establecer que, en el contexto general de las actuaciones administrativas, no se encuentra catalogada como información reservada la que corresponde a las decisiones sancionatorias o punitivas que adoptadas por la administración y en grado de firmeza conforme a la ley, que afecten la situación de personas naturales o jurídicas que han sido sujetos pasivos de las mismas.

-En concordancia con el conocimiento público de las determinaciones administrativas, puede traerse también a colación el principio de transparencia regulado, en el artículo 3° de la Ley 1712 de 2014: “...conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley”. (Subraya fuera de texto).

Dentro de los “sujetos obligados” a la información pública, el artículo 5° de la Ley 1712 de 2014, incluye, por supuesto, a toda entidad pública, esto es, las pertenecientes a todas las ramas del poder público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital; así como a los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control.

Así las cosas, desde la perspectiva de la Ley de Transparencia (1712 de 2014) –que, recordemos, tiene por objeto regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de información–, las entidades públicas están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la información que con ocasión de sus funciones constitucionales y legales se encuentre en su poder, como consecuencia de la presunción de información pública predicable de la misma, que se consagra en la norma citada de su artículo 3°.

En el anterior orden de ideas, el artículo 18 de la misma ley, se encarga de clasificar aquella información que puede ser reservada en atención al daño que pueda causar en personas naturales o jurídicas. Dentro de tal información restringida que exceptúa la regla general, sin perjuicio claro está de otro tipo de reservas previstas en otras leyes, se encuentran:

“a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011;

b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad;

c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011”.

Información clasificada respecto de la cual el parágrafo de la norma en cita dispone que: “Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable”. (Subraya fuera de texto).

En consideración a lo expuesto, puede concluirse que las decisiones sancionatorias que adopte de manera legítima la administración, que adquieren firmeza, forman parte de aquella información en poder de la misma que cabe dentro de la presunción legal de ser información pública, lo que significa que, por regla general, las autoridades correspondientes pueden facilitar su conocimiento y difundir su contenido, sin perjuicio de las excepciones que pueden existir en leyes de contenido especial.

Dicho en otras palabras, las sanciones impuestas por la administración, como lo son las sanciones que conforme a la ley imponen las superintendencias y que se encuentren en firme, constituyen información pública, salvo los casos en los cuales la ley especial de manera expresa lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal.

Pero, asimismo, también se debe enfatizar en que so pretexto de la publicidad de las sanciones en firme, no es posible generar consecuencias más afflictivas a los sujetos que las padecen distintas a las previstas expresamente por la ley para el respectivo tipo de sanción impuesta. Es decir, que la publicidad de una sanción, si bien está llamada, en su publicidad, a cumplir como efecto de lo punitivo una prevención de carácter general o pública, tal publicidad no puede prolongar los efectos de la misma, ni mucho menos generar nuevas sanciones distintas a los términos y condiciones de la efectivamente impuesta.

Igualmente, no sobra señalar que la información sobre las sanciones impuestas, como información pública, debe ser fidedigna en cuanto que solo debe y puede reflejar las condiciones de tipo de sanción conforme se desprenda del acto administrativo correspondiente; y por tanto, corresponder a la verdad, como se infiere del artículo 15 Constitucional.

Ahora bien, situación distinta es la que hace a los efectos de las sanciones administrativas en su condición de antecedentes del respectivo sujeto y, por ende, a la utilización y mantenimiento de instrumentos de registro o de datos que sin soporte legal alguno, pretendan o tengan por finalidad prolongarlas a un tiempo distinto al previsto legalmente para su efectivo cumplimiento; o de los que se puedan generar consecuencias no previstas en la ley, para el ejercicio de la actividad, aún después de cumplidas. Para ello, no se cuenta con potestades discrecionales, ni con la posibilidad de hacer extensión o analogía a todo tipo de sanción, de consecuencias temporales previstas expresamente por la ley, solo para un determinado tipo de sanciones.

Es por esto que para invocar el concepto de reserva legal, cuando se trata de estudiar el núcleo duro de la potestad sancionatoria de la administración, bajo la premisa conforme a la cual, toda fuente y consecuencia que restrinja o afecte el estatuto de libertad de la persona, debe ser objeto de previa y expresa regulación legal.

Al recoger buena parte de su jurisprudencia, sobre la materia en la reciente Sentencia C-412 de 2015, la Corte Constitucional, recaba en lo siguiente:

“En términos generales, el principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma –lex scripta– con anterioridad a los hechos materia de la investigación –lex previa–. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de

las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica.

Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

Sobre esta específica materia, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que la potestad sancionatoria se estructura a partir del principio de legalidad, en tanto sin una atribución de legalidad previa, la administración carecería de sustento jurídico para actuar y, por tanto, esta disciplina en aplicación de este principio está supeditada a:

”(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable”.

4.6. Principio de tipicidad

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión.^[29] Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343 de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

“Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la **“exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”**.”

Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

- (i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;
- (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley;
- (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción;

(...)”.

4.3. Debido proceso

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción.

(...)

Ahora bien, las garantías procesales en el campo administrativo sancionatorio no son iguales a las del ámbito judicial, toda vez que se enmarcan dentro de rasgos y etapas diversas.^[34] El debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres momentos específicos: (i) en la formación de la decisión administrativa (acto administrativo), (ii) en la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y (iii) en la impugnación de la decisión (recursos).

De todo lo anterior, se concluye que para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma –sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio–, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normativa existente, en procura de garantizar el debido proceso”.

Puede, entonces, afirmarse que en materia sancionatorio-administrativa, existe una materia inescapable de reserva legal, que versa sobre la tipificación normativa, que comprende tanto la descripción de la conducta y como la descripción de la sanción; y asimismo, las condiciones mínimas del debido proceso sancionador, todo lo cual como asuntos que por mandato constitucional solo corresponden al legislador, mientras que la aplicación de tales instituciones, entendida como la operación de subsunción del hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración.

Tal aserto, trae como corolario el que toda consecuencia principal o accesoria, que consigo pueda contraer una sanción, como medio de control y de afectación del estatuto jurídico del administrado que es sujeto pasivo de la misma, participa de la naturaleza de tal sanción y, por lo tanto, tal consecuencia principal o accesoria también debe estar previa y plenamente determinada en la ley, como lo ha reiterado la línea jurisprudencial que se trae a colación.

Importante destacar que la jurisprudencia es clara al inferir que corresponde al ámbito de reserva legal definir “el contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta”, lo cual significa que toda sanción y todos los efectos que se deriven de la misma, deben estar tipificados en una norma legal previa.

La administración, en ese contexto, no puede hacer aplicaciones analógicas, ni pretender la prolongación en el tiempo de los efectos de la sanción impuesta, ni generar consecuencias limitativas de los derechos y facultades derivadas de una sanción, si tales consecuencias limitativas, no están previa, expresa y plenamente consagradas en ley.

En ese orden de ideas, el uso de bases de datos, registros o sistemas de publicidad de las actuaciones administrativas y de las decisiones sancionatorias, no pueden implicar, ni por asomo, la posibilidad de generar nuevas o adicionales consecuencias afflictivas, diferentes a las que se han derivado por previsión legal expresa y para cada caso.

Así, por ejemplo, de la imposición de una sanción de multa, que de conformidad con ley se debe cumplir con su oportuno pago y con las demás condiciones que la misma establezca para que sea redimida, en modo alguno se puede generar inhabilidad para el ejercicio de actividades, si es que así no lo ha previsto expresamente la ley.

En lo que atañe a la consagración de inhabilidades, ha manifestado la Corte Constitucional, v. gr. Sentencia C-948 de 2002, que:

“Sobre el particular cabe recordar que esta Corporación en reiteradas ocasiones ha señalado que el legislador puede hacer uso de una amplia potestad de configuración normativa para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad como de su duración en el tiempo, son competencia del legislador y objeto de una potestad discrecional amplia pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos. Lo que indica que el resultado del ejercicio de la misma no puede ser irrazonable ni desproporcionado frente a la finalidad que se persigue, y mucho menos desconocer otros derechos fundamentales estrechamente relacionados, como ocurre con el derecho a la igualdad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio”.

Las inhabilidades, prohibiciones y restricciones temporales o absolutas para incursionar en determinadas actividades del tráfico jurídico encuentran reserva en cabeza del legislador con una discrecionalidad que en todo caso encuentra límite en el test de razonabilidad y de proporcionalidad y en el núcleo esencial de algunos derechos fundamentales.

Concordante con la exposición anterior, se debe recordar que el artículo 28 Constitucional dispone en su inciso final superior que *“En ningún caso podrá haber (...) penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.*

De otra parte, debe manifestarse que la utilización de registros bases de datos que contemplen información sobre los Administrados es una materia que se relaciona directamente con el postulado del hábeas data, que de conformidad el artículo 15 de la Constitución Política, garantiza que *“todas las personas (...) tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.*

Norma que para el caso que nos ocupa pone de presente, como deber de la difusión de las decisiones administrativas, el imperativo de publicar la verdad y solo la verdad; y en cuya visión se consagra el derecho fundamental de toda persona a acceder proactivamente a la

información que los involucre directamente y que se deposite en bancos de datos, registros y archivos de entidades públicas y privadas, para exigir la actualización cuando la disponible no incluya información fidedigna y real.

No en vano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto para referir lo que ella misma ha calificado como “el derecho al olvido”, sobre los datos legítimamente negativos. Así en Sentencia T-119 de 1995, en tesis reiterada por la T-527 de 2000 y por la C-1066 de 2002, la Alta Corporación Judicial manifestó, en sede de revisión:

“Corresponde al legislador, al reglamentar el hábeas data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.

“Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador.

“Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.

(...)

(...)

“Pero, claro está, no siendo un derecho absoluto, encuentra sus límites en los derechos de las personas afectadas por los datos, las cuales no pueden permanecer indefinidamente registradas bajo un dato negativo que, hacia el futuro, les niega el acceso al crédito y les causa graves perjuicios. Esto da lugar al derecho al olvido, sostenido por esta Corte desde la Sentencia 414 del 6 de junio de 1992, según el cual las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos respectivo.

“La Corte Constitucional ha entendido que es necesario armonizar tales derechos para preservar el interés general implícito en el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones, sin ocasionar la desprotección de la persona frente al poder informático y sin prohiar el uso desmedido y desproporcionado del derecho a la información, razón por la cual estima necesario reiterar que, por una parte, se requiere una **autorización del interesado** para que las centrales de datos dispongan de la información y la hagan circular, y, por otra, deben existir unas reglas claras sobre la **caducidad** del dato.

(...)

“Así las cosas, un individuo no puede estar condenado para siempre a figurar como deudor moroso o como pagador irregular, de haberlo sido en alguna época.

“Reitera la Corte que, habiendo cancelado ya la obligación y estando a paz y salvo con la entidad financiera correspondiente, si ha transcurrido el tiempo razonable de caducidad del dato, el antiguo deudor debe desaparecer del registro correspondiente”
(negrilla y subraya fuera de texto).

Se destaca del anterior pronunciamiento, en primer lugar, la noción de “dato negativo” que la Corte no define, pero que puede ser entendido, según el contexto del pronunciamiento, como aquel que puede limitar los derechos del afectado, como consecuencia de su propio comportamiento. En segundo lugar, el carácter de veracidad pura y dura del dato negativo, frente a las exigencias del artículo 15 Constitucional; y en tercer lugar, el “derecho al olvido”, criterio jurisprudencial conforme al cual las informaciones negativas acerca de una persona, esto es el dato negativo, no pueden permanecer indefinidamente.

¿Qué relación tiene el hábeas data, con la utilización de bases de datos y registros de sanciones por parte de la administración? Es una respuesta que ya dio la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad condicionada del inciso final del artículo 174 de la Ley 734 de 2002. El tema es medular para lo que nos ocupa, porque se trata ni más ni menos que del registro de sanciones e inhabilidades, con la función de servir de antecedentes y punto de referencia para acceder al ejercicio de cargos públicos, de funciones públicas y de contratación estatal.

Dispone el citado artículo 174 lo siguiente:

“Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1° del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro.”

La parte demandada del artículo en mención, correspondiente a su inciso final, ordena la certificación de todas las anotaciones sobre antecedentes que figuren en dicho registro cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia total de ellos.

Significa lo anterior que el problema jurídico hacía referencia a la existencia de antecedentes en registro público SIRI y sus consecuencias de restricción o aflicción.

A pesar de que la norma cumple con las condiciones de reserva legal por estar contemplada en una disposición de ese rango normativo, dado que regula aspectos prospectivos de sanciones administrativas y de otras, sobre el particular la Corte se pronunció mediante Sentencia C-1066 de 2002, con las siguientes razones, para condicionar el alcance de dicho inciso final:

“Tal derecho al olvido, planteado en relación con la información negativa referente a las actividades crediticias y financieras, es aplicable también a la información negativa concerniente a otras actividades, que se haya recogido “en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”, como lo contempla el Art. 15 superior, por existir las mismas razones y porque dicha disposición no contempla excepciones.

Por tanto, el mismo debe aplicarse al registro unificado de antecedentes que por mandato del Art. 174 de la Ley 734 de 2002 lleva la Procuraduría General de la Nación, integrado por documentos públicos y accesible a todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 de la Constitución Nacional, mediante el señalamiento de un término de caducidad razonable, de modo que los servidores públicos, los ex servidores públicos y los particulares que ejercen o han ejercido funciones públicas o tienen o han tenido la condición de contratistas estatales no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de dicho registro.

En este orden de ideas, la ausencia de un término de caducidad de la información negativa consignada en el mencionado registro de antecedentes, en caso de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de los mismos, de que trata la norma acusada, quebranta la disposición contenida en el Art. 15 de la Constitución.

Asimismo, la norma impugnada quebranta el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 ibídem respecto del registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos que no exijan para su desempeño ausencia de ellos, caso en el cual el inciso 3° del Art. 174 del Código Disciplinario Único establece un término de caducidad de cinco (5) años, con la salvedad de las sanciones o inhabilidades que estuvieren todavía vigentes, ya que el supuesto de hecho es el mismo tanto en este como en el anterior. En esta forma se establece una discriminación que carece de justificación objetiva y razonable y debe eliminarse.

Para tal efecto, es oportuno recordar que las sanciones consagradas en el mismo Código Disciplinario Único (Arts. 44 y 45) son las siguientes: i) destitución o inhabilidad general, es decir, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo; ii) suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, o sea, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo distinto de aquel en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, por el término señalado en el fallo; iii) suspensión; iv) multa, y v) amonestación escrita.

Existe diferencia entre la naturaleza de estas sanciones por el aspecto temporal, ya que las inhabilidades general y especial y la suspensión tienen carácter continuado; en

cambio, la destitución, la multa y la amonestación escrita son de índole instantánea, lo cual explica que el Art. 46 del citado código señale unos límites temporales para las primeras, al establecer que la inhabilidad general será de diez (10) a veinte (20) años, que la inhabilidad especial no será inferior a treinta (30) días ni superior a doce (12) meses y que la suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce (12) meses, aplicando así un criterio racional válido.

(...)

Dicho carácter continuado de las sanciones disciplinarias y penales y de las inhabilidades, señaladas en el inciso 1° del Art. 174 del Código Disciplinario Único, explica que el inciso 3° del mismo disponga que “[l]a certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición **y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento**”.

Esta disposición es razonable, en cuanto establece como regla general un término de cinco (5) años de vigencia del registro de antecedentes, que es el mismo término señalado para la prescripción de la sanción disciplinaria en el Art. 32 de dicho código, y en cuanto mantiene la vigencia de los antecedentes que por ser de ejecución continuada o permanente no se han agotado, mientras subsista tal situación. Por consiguiente, es justificado aplicarla también al registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos para cuyo desempeño se requiere ausencia de ellos, a que se refiere la disposición acusada”.

El antecedente que se acaba de referir, al tratar sobre el uso de mecanismos de publicidad de las sanciones y sus consecuencias temporales, y las reflexiones y citas de los párrafos anteriores sobre la publicidad de las actuaciones administrativas sancionatorias dejan varias enseñanzas para el caso que nos ocupa; a manera de conclusiones, estas se exponen a continuación:

- Las sanciones administrativas en firme constituyen información pública en el contexto de lo dispuesto por las Leyes 1437 de 2011 y 1712 de 2014, salvo los casos en los que ley especial de manera expresa lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal; por lo tanto, pueden ser difundidas.
- La información o difusión sobre las sanciones impuestas, en cuanto cumple con el deber de acceso a la información pública y genera efectos de prevención general en la comunidad sobre las infracciones administrativas, tiene que ser fidedigna porque puede y debe reflejar las condiciones del tipo de sanción conforme se desprenda del acto administrativo correspondiente; por tanto, debe corresponder a la verdad y solo a la verdad, como se infiere del artículo 15 Constitucional.
- Sin embargo, de la difusión pública de las sanciones administrativas no se pueden derivar efectos punitivos o restrictivos adicionales ni prolongar en el tiempo la sanción.
- En materia administrativa sancionatoria, la descripción de las faltas, infracciones o conductas reprochables; la descripción y criterios de las sanciones por imponer

y las condiciones del procedimiento son materias que gozan de fuero de reserva legal –*lex previa*–.

- Las sanciones administrativas en su naturaleza exclusivamente legal son taxativas, típicas y no admiten aplicación analógica. Los efectos limitativos de derechos y facultades que de las sanciones puedan derivarse no pueden ser creados por la administración. Los mismos deben estar previa, expresa y plenamente consagrados en ley.
- Las bases de datos, registros o instrumentos de publicidad que tengan por objeto consignar información negativa a título de registro de antecedentes sancionatorios deben someterse a los criterios constitucionales del derecho punitivo, de los efectos temporales de las sanciones respectivas y de la reserva legal de las faltas, las sanciones y el procedimiento sancionador, en el contexto de lo establecido por los artículos 15, 28, 29 y 74 de la Constitución. Lo dice la Corte en párrafos ya transcritos *“Corresponde al legislador, al reglamentar el hábeas data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones”*.
- De todas maneras, la asimilación que hace la citada Sentencia C-1066 de 2002 entre el registro de antecedentes punitivos del artículo 174 de la Ley 734 de 2002 y las bases de datos del sistema financiero se hace mutatis mutandis, en consideración a las regulaciones específicas que para las autoridades estatales traen las Leyes 1437 de 2011, 1712 de 2014 y la misma Ley Estatutaria 1581 de 2012, en relación con el régimen de la función administrativa del Estado que, a su vez, se edifica sobre el principio según el cual la información de las decisiones administrativas es la regla, sin perjuicio de las excepciones de reserva que expresamente se establezcan en disposiciones legales generales como las que se refirieron en párrafos anteriores o en disposiciones legales especiales.
- Ahora bien, en cuanto a registro de antecedentes punitivos y su función, bien vale la pena tener en cuenta las observaciones de la citada sentencia. Si bien las sanciones impuestas y en firme pueden ser difundidas, ha de señalarse que tanto el establecimiento de antecedentes punitivos que tengan como efecto actual restringir una libertad, así como los plazos para que tales antecedentes sean punto de referencia en esa finalidad, deben ser creados por la ley como corolario de cumplir con los propósitos constitucionales derivados del postulado del hábeas data y con el del respectivo régimen sancionatorio.
- En tal sentido, ante el cumplimiento pleno de una sanción, el sujeto afectado está en el derecho de solicitar la actualización o corrección de la información pública que al respecto difunda la entidad, de modo que, sin perjuicio del conocimiento público de la sanción, también quede difundido que la misma ha sido acatada y que, si se trata, por ejemplo, de una multa ya sufragada, el sujeto no se encuentra afectado de otra manera distinta.
- Las sanciones accesorias, las sanciones de carácter continuado en el tiempo, como toda sanción administrativa deben ser objeto de creación legal expresa. De tal manera que la utilización de registros de antecedentes, como medio de difusión

de las sanciones, no pueden prestarse ni utilizarse para generar la prolongación de las mismas o de sus efectos negativos, más allá de los tiempos establecidos en las normas legales que tipifican *lex previa* el tipo de infracciones o faltas, ni tampoco para cambiar su naturaleza, según su carácter instantáneo (como las multas) o su carácter prolongado en el tiempo (como las inhabilidades o prohibiciones).

- En atención a criterio establecido por la Corte Constitucional podría decirse que *“la ausencia de un término de caducidad de la información negativa consignada en el mencionado registro de antecedentes”*, de cara al desarrollo de actividades no limitadas o afectada por tal información o tales antecedentes *“quebranta la disposición contenida en el Art. 15 de la Constitución”*.
- Aun creados por la ley, es decir, aun bajo el cumplimiento del principio de reserva legal, los antecedentes punitivos que generen inhabilidad o prohibición no pueden ser indefinidos, en atención al principio del artículo 28 inciso 2º Constitucional, *“es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador (ver Sentencia T-119 de 1995). Lo anterior sin perjuicio de los casos de inhabilidad indefinida definidos por virtud de norma constitucional.*
- Resulta clara la diferencia que hace la Corte Constitucional en torno a las sanciones de tipo continuado o permanente, respecto de las sanciones de cumplimiento instantáneo, para poder concluir que la información pública de las sanciones que legítimamente puede realizar la administración debe reflejar rigurosamente el tiempo de duración de las mismas, en cada caso concreto, de modo que, como antecedente referencial, solo se justifique en *“cuanto mantiene la vigencia de los antecedentes que por ser de ejecución continuada o permanente no se han agotado, mientras subsista tal situación”*.
- Estos medios se justifican para hacer visibles y generar las consecuencias del carácter continuado que la propia ley ha previsto para determinadas sanciones como lo son las sanciones de inhabilidad o prohibición de una actividad por un tiempo determinado o indefinidamente, esto es, *“las sanciones o inhabilidades que estuvieren todavía vigentes”*, conforme lo establezca *lex previa*. Es decir, que hacen referencia al tiempo por el cual se extiende la sanción.
- Por tal razón, resultan ineficaces para las sanciones que la Corte Constitucional denomina como instantáneas, es decir, aquellas que conforme a su expresa y completa determinación legal no se extienden ni se prolongan en el tiempo, como son las de multa y de amonestación escrita.
- No es posible extender los efectos temporales que la ley prevé de modo previo y expreso para un determinado tipo de sanción, a sanciones de distinta naturaleza no contenidas en el supuesto normativo de la misma. Así, el tiempo establecido en el artículo 79 del Decreto ley 356 de 1994 no puede ser objeto de aplicación analógica a sanciones o consecuencias administrativas restrictivas, distintas de las previstas en la misma disposición.

5. CIRCULARES CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA

Se procede a incluir dentro del presente compilado las circulares expedidas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada más relevantes que abarcan el tema concerniente a las multas impuestas por esta entidad.

5.1 Circular No. 20167200000125 del 23 de junio de 2016 denominada “Contratación de Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada”

En ejercicio de sus atribuciones legales y en el propósito de orientar a los usuarios públicos y privados de los servicios de vigilancia y seguridad privada, sobre las condiciones de habilidad y licenciamiento previstas en la ley para el uso de los mismos, esta Superintendencia se permite hacer ilustración y exhortar sobre los siguientes aspectos, para ser tenidos en cuenta en consonancia con los principios y reglas, generales y específicas, contempladas por la ley para la contratación de dichos servicios por parte de empresas y usuarios.

Sobre la habilidad para la prestación de los servicios, durante el trámite de la renovación oportunamente solicitada.

De conformidad con el inciso 1° del artículo 35 del Decreto ley 019 de 2012, Decreto Antitrámites, *“Cuando el ordenamiento jurídico permita la renovación de un permiso, licencia o autorización, y el particular la solicite dentro de los plazos previstos en la normativa vigente, con el lleno de la totalidad de requisitos exigidos para ese fin, la vigencia del permiso, licencia o autorización se entenderá prorrogada hasta tanto se produzca la decisión de fondo por parte de la entidad competente sobre dicha renovación”.*

En consecuencia, cuando la empresa o sujeto titular de los servicios de vigilancia y seguridad privada soliciten renovación oportuna, es decir, dentro de los plazos previstos por el Decreto ley 356 de 1994, la licencia para la prestación de los mismos se entiende prorrogada hasta tanto la Superintendencia produzca la decisión de fondo para renovarla o negarla, según lo que corresponda, conforme al ordenamiento legal, sin que la habilidad del sujeto pueda resultar afectada para la prestación del servicio, mientras no se produzca la decisión de fondo.

En concordancia de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con el parágrafo 2° del artículo 85 del Decreto ley 356 de 1994, la solicitud de renovación de la licencia de funcionamiento para los servicios de vigilancia y seguridad privada y de las credenciales para asesores, consultores o investigadores *“deberá solicitarse a la Superintendencia de Vigilancia*

y Seguridad Privada, sesenta (60) días calendario, antes de la pérdida de vigencia de la misma” (subraya fuera de texto).

Por lo tanto, cuando una empresa o sujeto titular de los mencionados servicios se encuentre en tal situación y haya solicitado la renovación con la anticipación prevista en la norma transcrita, está facultado y cuenta con habilidad para continuar en su actividad en los términos y condiciones del artículo 35 del Decreto ley 019 de 2012.

Sobre el cumplimiento estricto de la tarifa mínima, frente al requerimiento de servicios adicionales.

De conformidad con el artículo 92 del Decreto ley 356 de 1994 y, en desarrollo de este, la parte 6, sección 6, Artículo 2.6.1.1.6.1.4. y subsiguientes del Decreto Único Reglamentario 1070 de 2015 (que recoge el Decreto 4950 de 2007), todas las empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada con armas y sin armas, que utilicen el medio humano y/o canino deben sujetarse al régimen de tarifas en la prestación de los servicios. En consecuencia, tienen la obligación legal de garantizar como mínimo al trabajador el salario, las horas extras, los recargos nocturnos, las prestaciones sociales y demás prestaciones de ley, así como los costos operativos inherentes a dicha prestación.

Es un imperativo legal al que también están sujetos los usuarios contratantes, de modo que al exigir o concebir la inclusión de bienes o servicios adicionales en la contratación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, no pueden propiciar el desconocimiento de los elementos que integran la tarifa mínima regulada y fijada por virtud de la ley, en garantía de los derechos constitucionales de los trabajadores del sector.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, en establecer que la regulación de la tarifa mínima y las restricciones que ello tiene para las empresas de vigilancia y seguridad privada, tiene fundamento y se justifica en interés superior de linaje constitucional como es el respecto a los derechos laborales de los trabajadores del sector de la vigilancia y seguridad privada. Se destaca, en tal sentido lo dicho por la reciente Sentencia de 19 de mayo de 2016, Rad. 11001-03-24-000-2014-00440-00:

“En segundo término, cabe precisar que el Gobierno nacional, a través del acto administrativo demandado, se limitó a fijar unas tarifas mínimas a fin de garantizar por lo menos el pago de las obligaciones laborales de los trabajadores de las empresas de vigilancia y seguridad privada, de acuerdo con los lineamientos señalados en el artículo 92 del Decreto Ley 356 de 1994, que establece que se ‘deberán garantizar como mínimo, la posibilidad de reconocer al trabajador el salario mínimo legal mensual vigente, las horas extras, los recargos nocturnos, prestaciones sociales, los costos operativos inherentes al servicio y demás prestaciones de ley’.

Y que el referido Decreto 4950 de 27 de diciembre de 2007 demandado, lejos de contrariar el espíritu del artículo 92 del Decreto Ley 356 de 1994, lo desarrolla y lo complementa, en orden a permitir la cumplida y correcta ejecución del mismo, al precisar las tarifas mínimas para el cobro de los servicios de vigilancia y seguridad privada. Asunto que, de acuerdo con lo expresado en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, no puede escapar de la órbita de regulación del régimen de dichos servicios”.

A renglón seguido, la mencionada sentencia reitera su postura anterior consignada en la sentencia de 20 de octubre de 2005 (Expediente núm. 11001-03-24-000-2002-0090-01 (7803)), y de la cual se extrae lo siguiente:

“A juicio de la Sala, no le asiste la razón al actor cuando sostiene que el acto acusado concreta un mandato de intervención en la economía reservado a la ley. No puede perderse de vista que la fijación de pautas y parámetros de cuantificación de las tarifas de la prestación del servicio de seguridad y vigilancia se expidió para dar cumplida ejecución al artículo 92 del Decreto Ley 356 de 1994 que, a su vez, desarrolló la habilitación legislativa otorgada al Presidente de la República por la Ley 61 de 1993 (artículo 1° literal j).

El Gobierno nacional, a través del Decreto 73 de 2002, en ejercicio de su potestad reglamentaria (artículo 189 numeral 11 CP), se limitó a reglamentar la regulación de tarifas del servicio de seguridad y vigilancia en los términos del artículo 92 del Decreto Ley 356 de 1994, estableciendo unos límites mínimos que garantizaran el pago de los salarios y prestaciones de los trabajadores de este sector, conforme a la ley.

Así, pues, el acto acusado no desborda las facultades del Gobierno nacional ni sobrepasa los lineamientos dispuestos en la norma que le sirve de fundamento, en tanto la fijación de un límite inferior para las tarifas debe entenderse como un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar a los trabajadores de las empresas que prestan el servicio de seguridad y vigilancia el reconocimiento del salario mínimo legal mensual vigente, horas extras, recargos nocturnos, prestaciones sociales, costos operativos inherentes al servicio y demás prestaciones de ley.

– Violación a la libre competencia, actividad económica e iniciativa privada

Asimismo, la Sala debe despachar desfavorablemente el cargo de violación a la libre competencia económica, a la libre actividad económica e iniciativa privada, pues estos derechos no son absolutos. Deben ejercerse dentro de los límites del bien común y con estricta sujeción a los mandatos constitucionales. Así lo establece en términos concluyentes el artículo 333 de la Constitución Política: (...).

Las libertades económicas deben ser interpretadas sistemáticamente con todas las demás normas constitucionales con que coexisten y con sus desarrollos legales, lo que significa que su efectividad no puede lograrse a expensas de los derechos de los trabajadores a percibir un salario mínimo vital, a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y a las demás garantías laborales que son también de rango constitucional (artículos 1°, 53, 334 CP). (...).

Establecer una tarifa mínima que garantice el pago de los derechos laborales a los trabajadores de las empresas de seguridad y vigilancia privada no impide que las leyes del mercado (oferta y demanda) fijen los precios para la prestación del servicio. Estas empresas siguen sujetas a que la competencia genere variaciones en las tarifas que respondan a los factores de calidad, eficiencia y demás que inciden en la satisfacción de sus clientes. Otra cosa es que estos precios no puedan desconocer el mínimo de beneficios que las leyes laborales conceden a los trabajadores, cuya irrenunciabilidad, como quedó visto, es un límite constitucionalmente impuesto a las libertades económicas por los artículos 10 y 53 CP.”.

No cabe duda de que la tarifa mínima a la que se hace mención en la presente circular adquiere la condición de instrumento de derechos fundamentales expresamente reconocidos por la Constitución, de modo que su determinación resulta de obligatoria observancia por parte de los prestadores y usuarios del servicio de vigilancia y seguridad privada.

Cualquier tipo de desconocimiento a la aplicación de la tarifa de que trata el artículo 92 del Decreto ley 356 de 1994 afectaría derechos constitucionales de nivel superior y, por tanto, afectaría jurídicamente cualquier prestación y contratación de servicios de vigilancia y seguridad privada en tales condiciones irregulares.

En ese orden de ideas, es deber de esta Superintendencia recordar a los usuarios el respeto de esta regulación imperativa. Cuando en la contratación de este tipo de servicios de vigilancia y seguridad privada los usuarios requieran bienes o servicios adicionales y/o conexos, deberán adoptar las medidas pertinentes para que los ítems complementarios se ofrezcan y se coticen de manera separada a los elementos de la tarifa mínima. Es decir, de exigir que en las ofertas de las empresas y las cooperativas que prestan los servicios, pueda distinguirse, discriminarse o delimitarse la valoración de los bienes o servicios adicionales, frente a los elementos de la tarifa mínima de que trata el artículo 92 del Decreto ley 356 de 1994 y la parte 6, sección 6, Artículo 2.6.1.1.6.1.4. y subsiguientes del Decreto Único Reglamentario 1070 de 2015.

La inclusión de actividades o bienes adicionales o con descuentos o costeos, sin que tal previsión respete el régimen de la tarifa mínima, ni garantice el pago de las obligaciones laborales de los trabajadores, contraviene lo estipulado en las normas legales que establecen estos derechos, en concreto, de las normas del Decreto ley 356 de 1994, del Decreto Único Reglamentario 1070 de 2015.

Sobre la certificación de sanciones impuestas

En relación con la publicidad y certificación de las sanciones administrativas en firme e impuestas por esta Superintendencia, debe tenerse en cuenta que, en el marco de lo contemplado por las Leyes 1437 de 2011 y 1712 de 2014, constituyen información pública, salvo los casos en los cuales ley especial de manera expresa lo prohíba.

Asimismo, que en congruencia con lo anterior y con lo señalado en el numeral 4 del artículo 2° del Decreto 2355 de 2006, esta Superintendencia tiene la obligación de: *“Proveer información, confiable, oportuna y en tiempo real para los usuarios de los servicios de vigilancia y seguridad privada, relacionada con la legalidad, idoneidad y capacidades técnicas de la prestación de dichos servicios”*.

En el mismo sentido, el numeral 10 del artículo 4° del Decreto 2355 de 2006 contempla, como atribución de esta Superintendencia, la de *“Mantener informada a la ciudadanía sobre los alcances de las actividades o servicios de vigilancia y seguridad privada y sobre las obligaciones de las personas naturales y jurídicas autorizadas para desarrollarlas”*. Obligaciones dentro de las cuales se derivan las que deben observarse como consecuencia de la imposición y los efectos de sanciones en firme.

Por lo tanto, la información, difusión y certificación sobre las sanciones impuestas y en firme son acciones que se cumplen en desarrollo del deber de acceso a la información pública, en ese caso, como prevención general a la comunidad sobre las infracciones administrativas.

Sin embargo, estas acciones deben ser fidedignas, en cuanto solo pueden y deben reflejar el tipo de sanción y los efectos de la misma de acuerdo con la norma legal que la establece y regula, bajo la premisa conforme a la cual de la difusión pública de las sanciones administrativas y, en particular, de su certificación, no se pueden derivar efectos punitivos o restrictivos adicionales o distintos a los previstos en la ley, ni por tanto prolongar sus efectos en el tiempo más allá de lo que estipule expresamente la ley.

En materia sancionatoria administrativa, es preciso distinguir entre las sanciones de tipo continuado o permanente, que por mandato legal se prolongan por un tiempo (como las inhabilidades, las suspensiones y las cancelaciones), y las sanciones de cumplimiento instantáneo (como las amonestaciones y el pago de multas).

En ese orden de ideas, las certificaciones que expida la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada sobre las sanciones impuestas a sus vigilados reflejarán rigurosamente la naturaleza, condiciones, efectos y tiempo de duración de las mismas de acuerdo con lo estrictamente regulado por la ley para cada tipo de sanción y según cada caso concreto, de modo que se refleje la real situación del sujeto vigilado.

En relación con aquellas sanciones que, conforme a la expresa y completa determinación legal, no se extiendan ni prolonguen en el tiempo, como son las de multa y de amonestación escrita, debe recordarse que por sí solas no pueden implicar ni generar ausencia de licenciamiento, suspensión o inhabilidad para la prestación de los servicios, salvo que expresamente lo disponga la ley. Es decir, que no es posible derivar otras consecuencias no previstas en la ley para la respectiva sanción.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.6.1.1.3.1.3 del Decreto Único Reglamentario 1070 de 2015 (que recoge el artículo 4° del Decreto 2187 de 2001), en cuya virtud *“Para efectos de lo estipulado en el Decreto ley 356 de 1994, en tratándose de la renovación de las licencias de funcionamiento para los servicios de vigilancia y seguridad privada, deberán estar a paz y salvo con la Superintendencia por multas y demás conceptos, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos exigidos para este fin”* (subraya fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, se suprime la siguiente frase, contenida en la Circular Externa núm. 20147000000375 de 2014: *“El estado de los servicios de vigilancia y seguridad privada, respecto de las multas y sanciones (exclusivamente durante los últimos cinco años)”*.

La presente circular rige a partir de su publicación.

6. CONSULTORÍA

Vale la pena empezar por señalar que las disposiciones contenidas en el Decreto ley 356 de 1994 y preceptos reglamentarios no admiten pacto en contrario, dada la naturaleza del bien jurídico que tutelan: la seguridad ciudadana.

A la letra el artículo 2° de la norma con fuerza material de ley, enseña: *“Para efectos del presente decreto, entiéndanse por servicios de vigilancia y seguridad privada las actividades que, en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas, naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros y la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para vigilancia y seguridad privada, blindajes y transporte con este mismo fin”*.

De esta norma se advierte, en sentido estricto, que el ejercicio de la vigilancia y seguridad privada como servicio público primario, cuya inspección, control y vigilancia está a cargo de esta Superintendencia, debe orientarse a prevenir y detener los factores de riesgo no admisibles, independiente de su fuente, que atenten contra la seguridad y tranquilidad en lo que corresponde a la vida y bienes de las personas. Es esta la esencia del Estatuto 356 de 1994 y por consiguiente de los servicios de vigilancia y seguridad privada, sin importar la modalidad y medios en que se exterioricen.

En cuanto al servicio de consultoría, asesoría e investigación, el artículo 60 del Decreto ley 356 de 1994 dispone: *“Las personas naturales o jurídicas que pretenden prestar servicios de asesoría, consultoría, investigación en seguridad o cualquier otro servicio similar relacionado con la vigilancia o la seguridad privada, en forma remunerada a terceros, deberán obtener licencia de funcionamiento o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada”*.

En tal orden de ideas y siguiendo el principio de hermenéutica jurídica, no le es dado distinguir al intérprete que el artículo 60 del Decreto ley 356 de 1994 ni los artículos 31, 32 y 33 del Decreto 2187 de 2001 atribuyen al servicio de consultoría, asesoría e investigación la función o la tarea de efectuar seguimiento y control. En consecuencia, no es de recibo equiparar el servicio de consultoría, asesoría e investigación a los contratos de interventoría cuyo objeto, en términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, es el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada; menos cuando la interpretación hecha no obedece a un criterio auxiliar constitucionalmente válido.

Por ello se impone forzosamente a esta Superintendencia, a señalar, que en términos del artículo 27 del Código Civil, en materia de interpretación de la ley, se entiende por *“Interpretación gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. (...) Pero bien se puede, para interpretar una expresión*

oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Implica el precepto hermenéutico en comento, que no es posible, a efectos de imprimir alcance a una norma, desbordar su sentido gramatical cuando haya claridad suficiente. En consecuencia, y en aras de acatar aquella disposición, que además encuentra respaldo en el principio de legalidad que gobierna a la actividad administrativa del Estado; es menester examinar las disposiciones legales que reglamentan el servicio de consultoría, asesoría e investigación, en los siguientes términos:

Artículo 31 Decreto 2187 de 2001: *“CONSULTORÍA. Comprende la identificación e investigación de riesgos e incidentes en seguridad privada; la elaboración de estudios y consultorías en seguridad privada integral; la formulación, recomendación y adopción de una estrategia contenida en planes y programas relacionados con políticas, organización, métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada, y la prestación de la asistencia necesaria, con el fin de ejecutar dichas estrategias, programas y acciones preventivas o correctivas para satisfacer las necesidades identificadas y propender a los objetivos indicados en el Estatuto para la vigilancia y seguridad privada”.*

Artículo 32 Decreto 2187 de 2001: *“ASESORÍA. Consiste en la elaboración de estudios en seguridad privada integral, mediante la formulación de una estrategia contenida en planes y programas relacionados con políticas, organización, métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada. Dentro de la consultoría se realiza previamente un trabajo de identificación e investigación en riesgos e incidentes en seguridad privada”.*

Artículo 33 Decreto 2187 de 2001: *“INVESTIGACIÓN. Comprende el estudio y análisis preventivo de riesgos y/o de las causas y fundamentos de los incidentes presentados en el interior de una empresa o de quien desarrolla una determinada actividad, a fin de proveer por el cumplimiento de las finalidades y objetivos que persigue la seguridad privada (...)”.*

Evidentemente, no se avizora en ninguno de los servicios anteriormente definidos, la actividad de “efectuar seguimiento y control”, no obstante que dicha labor toque asuntos relacionados con la vigilancia y seguridad privada. Resulta conveniente a esta altura traer a colación lo señalado en concepto del 20 de diciembre de 2007 emitido por la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia, en el cual se hizo referencia a la naturaleza de las actividades y finalidad de los servicios de consultoría, asesoría e investigación, en los siguientes términos:

Consultoría:

Actividades que desarrolla: identificar e investigar riesgo, formular estrategias sobre métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada.

Asesoría:

Actividades que desarrolla: identificar e investigar riesgos e incidentes en seguridad, elaborar estudios de seguridad.

Investigación:

Actividades que desarrolla: estudiar y analizar riesgos y causas de los incidentes presentados en una empresa o de quien desarrolla una determinada actividad.

La finalidad de los servicios de consultoría, asesoría e investigación no es otra que prevenir perturbaciones a la seguridad y tranquilidad en lo relacionado con la vida y los bienes de las personas. Es en últimas este el objetivo y esencia del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.

Ahora, con el ánimo de determinar la asimetría entre el objeto de los ya examinados servicios de consultoría, asesoría e investigación y el del contrato de interventoría, es imperativo analizar el alcance de este último, apelando para el efecto a la literalidad del inciso 3 del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, que reza: **“La interventoría consistirá en el *seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad estatal*, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría”**.

De la anterior transcripción normativa, es inequívoco que las actividades por desarrollar en los contratos de interventoría son: seguimiento técnico sobre el cumplimiento de un contrato. Y la finalidad obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación, que en últimas son los del artículo 2° de la CN.

En concreto, las diferencias entre las actividades y fines de los servicios de consultoría, asesoría e investigación habilitados por la Supervigilancia y las actividades y fines del contrato de interventoría, se pueden sintetizar de la siguiente forma:

	Consultoría, asesoría e investigación	Interventoría
Actividades	Identificar e investigar riesgos, formular estrategias sobre métodos y procedimientos de vigilancia y seguridad privada. Identificar e investigar rasgos e incidentes en seguridad, elaborar estudios de seguridad. Estudiar y analizar riesgos y causas de los incidentes, presentados en una empresa o de quien desarrolla una determinada actividad.	Seguimiento técnico sobre el cumplimiento de un contrato.
Fines	Prevenir perturbaciones a la seguridad y tranquilidad en lo relacionado con la vida y los bienes de las personas. Es en últimas este el objetivo y esencia del Estatuto de vigilancia y seguridad privada.	Deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas puedan utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

Es claro que, en el sentido etimológico de los verbos rectores correspondientes, de una parte, las actividades de los servicios de consultoría, asesoría e investigación y, de otra, las del contrato de interventoría, son diferentes, al igual que los cometidos, para los cuales, unos y otros, fueron instituidos.

Con relación a si es obligación de la Supervigilancia expedir licencia de funcionamiento a los servicios de consultoría, asesoría e investigación, con mayor razón, teniendo en cuenta el principio de que lo subsidiario sigue a lo principal, será obligación expedir licencia de funcionamiento a aquellos sujetos que pretendan ejecutar contratos de interventoría. Sobre este particular, y con fundamento en la estructura argumentativa que hasta aquí se ha consolidado, es pertinente señalar que no existe norma jurídica que cargue en esta Superintendencia la obligación de expedir licencia de funcionamiento a sujetos que pretendan ejecutar, o postularse para la adjudicación de un contrato de interventoría.

No puede considerarse entonces, hasta que no haya una norma que así lo establezca, que un sujeto sin licencia expedida por la Supervigilancia para prestar servicios de asesoría, consultoría e investigación deba sustraerse a la ejecución o postulación para la adjudicación de un contrato de interventoría cuyo objeto sea el seguimiento al cumplimiento de un contrato que verse sobre la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada. Lo que deberá consultar la entidad contratante a la hora suscribir contrato de interventoría, por tratarse de un servicio especializado, es la idoneidad de la persona pendiente por contratar, que por exigencia de la ley, deberá tener conocimientos específicos. Y es en este punto cuando la Superintendencia signataria comparte y defiende la idea de que las empresas de consultoría, asesoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, legalmente constituidas y habilitadas para operar a través de licencia de funcionamiento, y siempre que este sea su único objeto, son las más idóneas, desde el punto de vista técnico, para ejecutar o postularse a la adjudicación de contratos de interventoría en temas de vigilancia y seguridad privada, pues se considera que por el impacto que puede tener este contrato en la prestación del servicio, el deber ser conlleva que su ejecución recaiga en empresas de consultoría, asesoría e investigación autorizadas mediante licencia de funcionamiento expedida en términos del Decreto 356 de 1994. Sin embargo, esta posición no comporta imperatividad, por cuanto, como se ha dicho, hasta tanto la ley no lo disponga, no puede excluirse a otras personas, en lo que a la ejecución de estos contratos de interventoría respecta, siempre que tengan, claro está, conocimientos especializados en vigilancia y seguridad privada.

Es importante decir que el artículo 34 del Decreto 2187 de 2001 establece los requisitos para obtener la credencial de consultor, asesor e investigador. Por su parte, el parágrafo primero, del mismo artículo, indica: *“la credencial de consultor habilita para realizar asesoría e investigaciones, y la de asesor para efectuar investigaciones en seguridad privada”*. De la norma en mención se colige que solo pueden hacer consultoría, asesoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, aquellas personas que obtengan, previa verificación de calidades, la credencial respectiva.

La norma no habilita para que los consultores, asesores e investigadores avalen a otras personas para prestar este servicio, pues es una competencia exclusiva de la Supervigilancia.

En conclusión, hay que decir lo siguiente:

- I. No existe norma jurídica que establezca la obligatoriedad de contar con licencia de funcionamiento expedida por la Supervigilancia para la ejecución de contratos de interventoría cuyo objeto sea el seguimiento técnico sobre un contrato que verse

sobre los servicios de vigilancia y seguridad privada. Sin embargo, se comparte y defiende la idea de que son los servicios de consultoría, asesoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, habilitadas para operar a través de licencia de funcionamiento, las más idóneas, desde el punto de vista técnico, para ejecutar o postularse a la adjudicación de contratos de interventoría en estos temas.

2. A los consultores, asesores e investigadores que cuenten con credencial expedida por esta superintendencia, no les está legalmente permitido avalar a otras personas para prestar este tipo de servicios, habida cuenta de que además de requerirse la acreditación de requisitos taxativos, de naturaleza personal e intransferible, la competencia en cuanto a habilitación recae única y exclusivamente en esta Superintendencia. Por ende, la credencial expedida a una persona no reemplaza ni sustituye la licencia otorgada a una persona jurídica.

Fuente: Concepto de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

SuperVigilancia
Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

7. COOPERATIVAS

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de las Cooperativas de Trabajo Asociado y ha reconocido que las mismas gozan de especial protección constitucional, como modalidad de trabajo y como expresión del sector solidario. Ha dicho la Corte que los elementos esenciales del contrato de constitución de una cooperativa de trabajo asociado son los siguientes: “(i) Pluralidad de personas, (ii) aporte principalmente en trabajo, (iii) objeto de interés social y sin ánimo de lucro, y (iv) calidad simultánea de aportante y gestor. En la Sentencia C-211 de 2000, la Corte identificó como características relevantes de las cooperativas de trabajo asociado las siguientes: (i) asociación voluntaria y libre, (ii) igualdad de los cooperados, (iii) ausencia de ánimo de lucro, (iv) organización democrática, (v) trabajo de los asociados como base fundamental, (vi) desarrollo de actividades económico-sociales, (vii) solidaridad en la compensación o retribución, y (viii) autonomía empresarial. También ha señalado la Corporación que, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en las cooperativas de trabajo asociado, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación será establecido en los estatutos y reglamentos, comoquiera que tales materias tienen origen en el acuerdo cooperativo y escapan del ámbito de regulación de la legislación laboral. Esta figura cuenta con fundamento en el principio de solidaridad y tiene manifestaciones tanto desde la perspectiva del derecho de asociación como desde el derecho al trabajo²⁰.

El ordenamiento jurídico colombiano define a las cooperativa a través de la Ley 79 de 1988 como *“la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*²¹.

El Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada también se ocupa de este tema y dedica el capítulo segundo del mismo a abordar en específico la cooperativa de vigilancia y seguridad privada; precisamente, la define como *“la empresa asociativa sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores son simultáneamente los aportantes y gestores de la empresa, creada con el objeto de prestar servicios de vigilancia y seguridad privada en forma remunerada a terceros en los términos establecidos en este decreto y el desarrollo de servicios conexos, como los de asesoría, consultoría e investigación en seguridad”*²².

Se deja claridad, en los parágrafos del artículo 23 del Decreto ley 356 de 1994, de que únicamente podrán constituirse como cooperativas de vigilancia y seguridad privada las cooperativas especializadas.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. (M. P. Gil Escobar Rodrigo).

21 Ley 79 de 1988, Artículo 4°.

22 Decreto-Ley 356 de 1994, Artículo 23.

En relación con la inspección, control y vigilancia sobre las cooperativas, el artículo 34 de la Ley 454 de 1998 ha señalado que *“El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las organizaciones de la Economía Solidaria que no se encuentren sometidas a la supervisión Especializada del Estado”*. En el mismo sentido, en el caso de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, por pertenecer a un sector sometido a la supervisión especializada del Estado a través de la Supervigilancia, es a esta entidad a quien corresponde asumir la inspección, vigilancia y control sobre las cooperativas que prestan servicios privados de seguridad, teniendo como funciones y objetivos los consagrados en el Decreto 2355 de 2006.

Sin embargo, la situación antes planteada es más compleja en el escenario práctico, toda vez que, en la actividad del cooperativismo, se presentan diariamente dicotomías relacionadas sobre numerosos temas. En tal orden, se procede a exponer los siguientes conceptos emitidos por esta Superintendencia relacionados con esa área:

7.1 Concepto sobre la supervisión a organizaciones solidarias

A partir de lo dispuesto, primero en el artículo 147 del Decreto 2150 de 1995 y luego en el artículo 34 de la Ley 454 de 1998, el Consejo de Estado, al desatar conflictos de competencias entre la Superintendencia Solidaria y superintendencias como la de Vigilancia y Seguridad y la de Transporte, ha invocado implícitamente el carácter residual y excluyente de la Superintendencia Solidaria para asignar la competencia sobre organismos solidarios especializados, como son las superintendencias que ejercen supervisión especializada.

Mediante pronunciamiento del 17 de julio de 2001, en el Radicado C-749, desata un conflicto negativo de competencia, planteado por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, concerniente a la decisión de una solicitud de reforma total de los estatutos de una Cooperativa de Vigilancia y Seguridad. Al respecto la posición del Consejo de Estado fue la siguiente:

“En primer lugar, hay que determinar qué entidad es la encargada del control y vigilancia de la Cooperativa de Vigilantes de Cúcuta “Coopvicut”. Conforme a los estatutos que reposan en el expediente, a folio 182, su objeto es:

“Artículo 8°. El objeto de las actividades de la cooperativa, es de conseguir trabajo a los asociados. Mediante(sic) la prestación de servicios, como también ofrece servicios a la comunidad en general en los siguientes aspectos: La prestación remunerada de servicios de vigilancia y seguridad privada en la modalidad de vigilancia fija, con el objeto de dar protección a personas, bienes muebles e inmuebles en un lugar determinado.”

El artículo 7 del Decreto 356 de 1994 “ por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada” establece:

“Artículo 7°. Control. La Superintendencia de Vigilancia y seguridad Privada ejercerá control, inspección y vigilancia sobre todas las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades de vigilancia y seguridad privada y sus usuarios de conformidad con lo establecido en la ley.”

En efecto, el artículo 34 de la Ley 454 de 1998 “Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones.” estipula que las organizaciones de la Economía Solidaria que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado están sujetas a la acción de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

“Artículo 34. Entidades sujetas a su acción. El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las organizaciones de la Economía Solidaria que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado. En el caso de las cooperativas de ahorro y crédito multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito, las funciones serán asumidas por esta Superintendencia, mediante el establecimiento de una delegatura especializada en supervisión financiera, la cual recibirá asistencia tecnológica, asesoría técnica y formación del recurso humano de la Superintendencia Bancaria.”

Por las actividades que desarrolla la Cooperativa de Vigilantes de Cúcuta “Coopvicut” se concluye que está sometida a la supervisión especializada del Estado a través de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, por lo que su vigilancia, control e inspección corresponde a tal entidad.

A partir de esta premisa, corresponde a la Sala establecer la competencia para aprobar la reforma total de los estatutos de la Cooperativa referida. Según lo establece el artículo 42 del Decreto 2150 de 1995, la inscripción de la reforma de los estatutos de las personas jurídicas sin ánimo de lucro corresponde a la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de dicha persona, sin embargo en el artículo 45 del mismo decreto, se estipulan como excepciones, entre otras:

“Artículo 45. Excepciones. Lo dispuesto en este capítulo no se aplicará para las instituciones de educación superior; las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la Ley 115 de 1994; las personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada; las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones y asociaciones de ministros; las reguladas por la Ley 100 de Seguridad Social, los sindicatos y las asociaciones de trabajadores y empleadores; partidos y movimientos políticos; cámaras de comercio y las demás personas jurídicas respecto de las cuales la ley expresamente regule en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se regirán por sus normas especiales.”

Teniendo en cuenta que la Cooperativa de Vigilantes de Cúcuta “Coopvicut” está sometida a la vigilancia, control e inspección de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, es a esta entidad a quien corresponde aprobar la reforma total de sus Estatutos y no a la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Finalmente se aclara la Superintendencia de la Economía Solidaria no es la competente para conocer del asunto que nos interesa, pese a que posee entre otras funciones las de vigilancia y

control sobre algunas Cooperativas, toda vez, que el Decreto 2150 de 1995 en su artículo 147 eliminó el control concurrente al expresar:

“Art. 147. Eliminación del control concurrente. Las facultades de control y vigilancia por parte del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas no podrán ejercerse respecto de entidades y organismos cooperativos sujetos al control y vigilancia de otras superintendencias”.

En consecuencia, la competencia para aprobar la reforma total de los estatutos de la Cooperativa de Vigilantes de Cúcuta “Coopvicut” corresponde a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Nótese que los criterios invocados por el Consejo de Estado se refieren:

- Al objeto social especializado en la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada, contemplado en los estatutos de la organización cooperativa.
- Los objetos y sujetos que delimitan la competencia de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad.
- La supervisión especializada sobre actividades específicas, desde la perspectiva de una competencia residual en la Superintendencia Solidaria.
- Ahora bien, mediante pronunciamiento del 5 de marzo de 2002, Radicado C-003, desata un conflicto negativo de competencia, entre la Superintendencia de Transporte y la Superintendencia Solidaria, concerniente a una cuestión relativa a la distribución de excedentes entre todos los asociados, hábiles o inhábiles de una organización solidaria del Sector Transporte. Al respecto, el Consejo de Estado, luego de hacer referencias normativas al control del Sector Transporte, manifestó:

“Las Cooperativas que con sus solicitudes de intervención y de conceptualización, dieron lugar a que se planteara este conflicto de competencias, por las actividades que desarrollan – servicio de transporte público– están sometidas a la supervisión especializada del Estado a través de la Superintendencia de Puertos y Transporte, de acuerdo con la delegación contenida en el Decreto 101 de 2000, artículo 40, de las funciones de inspección, control y vigilancia del servicio público de transporte; sobre las sociedades con o sin ánimo de lucro que presten el servicio público de transporte (art. 42) o, sea, que el decreto se refiere a todas las organizaciones del transporte; y, la evaluación de la gestión financiera, técnica y administrativa de las mismas (art. 44-5).

Ante la decisión de la Superintendencia de Puertos y Transportes en el sentido de que ella no debe “desplegar las funciones de inspección, vigilancia y control de cooperativas”, se considera que no le asiste razón toda vez que el artículo 42 del Decreto 101 no excluye de su control a las cooperativas dedicadas al transporte; por el contrario, las incluye cuando dice “... Sujetos de la inspección, vigilancia y control... las siguientes personas naturales o jurídicas: 1. Las sociedades con o sin ánimo de lucro... que presten el servicio público de transporte”.

De suerte que esta Superintendencia es la llamada a resolver y actuar al efecto sobre la solicitud de intervención por **“Coopetrans de Tuluá Ltda.”**.

En cuanto al **concepto solicitado por Cootransgar LTDA de Garzón (Huila)**, sobre la aplicación y/o distribución de excedentes, propuesta y aprobada por la Asamblea General de Delegados, se observa que está relacionada con la **función financiera** que regula el numeral 5 del artículo 44 del Decreto 101 de 2000 que es de competencia de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

En consecuencia, la autoridad competente para emitir el concepto solicitado por **“Cootransgar LTDA de Garzón (Huila)”**, es la **Superintendencia de Puertos y Transporte**.

Ahora, esta Sala reitera que la **Superintendencia de la Economía Solidaria** posee funciones de inspección, vigilancia y control **sobre las cooperativas que no están sometidas a otra entidad del Estado**, es decir, que se eliminó el control concurrente conforme a lo dispuesto en el **Decreto 2150 de 1995**, que expresa:

*“Art. 147. Eliminación del control concurrente. Las facultades de control y vigilancia por parte del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (hoy Superintendencia de la Economía Solidaria) no podrán ejercerse respecto de entidades y organismos cooperativos **sujetos al control de otras superintendencias.**”* (Anotación fuera de texto entre paréntesis).

Y el art. 34 de la Ley 454 de 1988 consagra limitación en igual sentido” (negrilla original del texto).

Sin entrar en las consideraciones que aluden a la normativa del sector transporte, el Consejo de Estado, en el caso que se trae a colación, atribuyó la competencia a la Supertransporte, con invocación:

- Nuevamente del criterio especializado del ente vigilado y la competencia de inspección, vigilancia y control sobre el sector específico.
- Nuevamente el carácter residual y excluyente de la competencia de la Supersolidaria, que deriva de los artículos 147 del Decreto ley 2150 de 1995 y 34 de la Ley 454 de 1998.

Este último criterio de la competencia residual y excluyente es el mismo que parece esgrimir la Circular Básica núm. 006 de 2015, expedida por la Superintendencia Solidaria, cuando señala que:

“De conformidad con las Leyes 79 de 1988 y 454 de 1998 y los Decretos números 1333, 1480, 1481 y 1482 de 1989 y 4588 de 2006, las siguientes organizaciones se encuentran bajo la supervisión de esta Superintendencia.

- Las cooperativas de base o de primer grado.
- Los organismos cooperativos de segundo y tercer grado.
- Las precooperativas.

- *Las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas.*
- *Fondos de empleados.*
- *Asociaciones mutuales.*
- *Instituciones auxiliares de la economía solidaria.*
- *Organismos de integración de la economía solidaria.*
- *Otras formas asociativas solidarias innominadas que cumplan con los requisitos previstos en el Capítulo Segundo del Título Primero de la Ley 454 de 1998.*
- *Las organizaciones de la economía solidaria que mediante acto de carácter general determine el Gobierno nacional.*

Las anteriores organizaciones son objeto de supervisión por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria, siempre y cuando no se encuentren sometidas a la supervisión especializada de otro organismo del Estado, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 454 de 1998. Es decir, esta Superintendencia tiene una competencia residual y excluyente, de conformidad con los artículos 34 y 63 de la Ley 454 de 1998” (subraya original del texto).

Para hacer luego en el capítulo V de la misma circular básica, la relación de las organizaciones solidarias que no estaría bajo su inspección, control y vigilancia, en aplicación del anterior criterio y de otras disposiciones.

Con base en lo anterior, para el caso de la competencia de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, corresponde verificar los criterios que se desprenden de las disposiciones legales invocadas por los pronunciamientos del Consejo de Estado y los que resulten concernidos según la misma normativa.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 147 del Decreto ley 2150 de 1995, puede afirmarse, como implícitamente lo acoge el Consejo de Estado, que en el marco de la eliminación de trámites y de duplicidad de actuaciones, lo que quiso el legislador fue suprimir la duplicidad del control por parte de dos o más superintendencias sobre organismos cooperativos sobre los cuales existiese control específico por otras distintas a la Supersolidaria.

Ahora bien, por virtud de la Ley 454 de 1998, “**se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones**”. De conformidad con su artículo 34, modificado por el 98 de la Ley 795 de 2003, la Superintendencia de Economía Solidaria tiene la competencia para la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y de las organizaciones de la Economía Solidaria “*que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado*”.

La expresión “supervisión especializada del Estado”, utilizada en la norma, implica la existencia de otra norma expresa y especial, de rango legal y en cuya virtud se determine que la inspección, vigilancia y control de un ente cooperativo, dada la naturaleza de la actividad que ejerce, estará a cargo de una superintendencia distinta a la Superintendencia Solidaria. Es preciso manifestar que, en todo caso, el régimen de competencias que se pone de presente con la expresión “supervisión especializada del Estado” concierne específicamente a las funciones de inspección, control y vigilancia asignadas a las respectivas superintendencias también de objeto especializado; y que atiende a un criterio de especialidad y conexión directa, entre el objeto social y actividades que desarrolla un sujeto y el objeto misional y competencia del órgano estatal de supervisión.

Por otra parte, el artículo 63 de la misma Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 146 del Decreto ley 019 de 2012, dispone en su inciso 2° que: “Las entidades del sector de la economía solidaria que manejen, aprovechen o inviertan recursos de asociados o de terceros o que desarrollen cualquier actividad que requiera autorización o reconocimiento especial, deberán obtenerlos y presentarlos previamente, para que proceda el respectivo registro o inscripción. **Dicha autorización o reconocimiento serán emitidos por la entidad encargada de su supervisión o por la entidad que corresponda, de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa vigente para cada caso.** En todo caso, serán objeto de registro y, en esa medida, surtirán efecto los actos que aprueben fusiones, escisiones, transformaciones, incorporaciones y conversiones” (negrilla fuera de texto).

Determinación legal que, para el caso que nos ocupa, impone establecer si la organización cooperativa que presta servicios de vigilancia y seguridad privada, requiere licenciamiento previo de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad para el desarrollo de sus actividades. Interrogante que tiene respuestas concretas en el marco del Decreto ley 356 de 1994.

Ahora bien, por virtud del Decreto 4588 de 2006, **se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.** En relación con su objeto social, precisa el parágrafo de su artículo 5° “Las Cooperativas de Trabajo Asociado cuya actividad sea la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, **vigilancia y seguridad privada** y educación, **deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad;** en consecuencia, las cooperativas que actualmente prestan estos servicios en concurrencia con otro u otros deberán desmontarlos, **especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad**” (negrilla fuera de texto).

Se trata de la existencia de un requisito de especialización del objeto social que, consecuentemente, conlleva una supervisión especializada del Estado, en referencia a cooperativas de trabajo asociado cuyo objeto social se refiera a una de las actividades previstas en la norma; entre ellas, se encuentra la de vigilancia y seguridad privada.

Frente a las anteriores disposiciones del sector solidario, se observa que el artículo 7° del Decreto ley 356 de 1994 dispone que “La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada ejercerá control, inspección y vigilancia sobre todas las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades de vigilancia y seguridad privada y sus usuarios de conformidad con lo establecido en la ley”; esto es, que atribuye la competencia de la supervisión especializada del

Estado sobre la vigilancia y seguridad privada, a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada sobre todo tipo de sujeto que conforme a la ley desarrolle este tipo actividades de vigilancia y seguridad privada y sus usuarios, sin distinguir la naturaleza de dichos sujetos. Es decir, que se trata de norma especial frente a las mencionadas actividades que tiene la capacidad de producir los efectos de las disposiciones atrás mencionadas.

Adicionalmente, el capítulo III del Decreto ley 356 de 1994 regula, de manera expresa y especial, la condición de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada y su régimen jurídico también especial del cual se desprenden los siguientes postulados:

- Se define lo que se entiende por cooperativa de vigilancia y seguridad privada (artículo 23 inciso 1°).
- Se impone la regla según la cual únicamente podrán constituirse como cooperativas de vigilancia y seguridad privada, las cooperativas especializadas (parágrafo artículo 23). Ello, unido a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 454 de 1998, posiciona la supervisión especializada del Estado, en cabeza de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.
- Los requisitos de constitución son también de carácter especial, pues no son otros distintos que los contemplados en el artículo 9° del mismo Decreto ley 356 de 1994.
- Se contemplan normas especiales sobre la nacionalidad de los socios, sobre la composición de su capital, sobre su licenciamiento previo para operar como prestador de servicios públicos de vigilancia y seguridad (artículos 25 a 27).
- La determinación expresa de las modalidades de actividad en la que pueden prestar sus servicios de vigilancia y seguridad (artículo 28).
- Para terminar de hacer claridad sobre el objeto único y sobre el objeto especializado de las Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada, el artículo 29 dispone que estas *“se regirán por las normas establecidas para las empresas de vigilancia y seguridad privada, en lo pertinente”*.

Esta asimilación que hace la norma legal en cita resulta de especial importancia para concluir que, en cuanto a su régimen jurídico, las cooperativas de vigilancia y seguridad privada deben sufrir el mismo tratamiento de las demás empresas que se dedican a las mismas actividades conforme regulación del Decreto ley 356 de 1994,

Dado lo anterior, existirían suficientes elementos de juicio para concluir que la supervisión del Estado sobre las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, es un instrumento de carácter especializado; que, por lo tanto, en virtud de lo señalado en las disposiciones que se han traído a colación, confieren la competencia de inspección, control y vigilancia a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, sobre dicho tipo de organizaciones solidarias.

7.2 Control de legalidad

7.2.1 ELECCIÓN DE MIEMBROS DE ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA DE LAS COOPERATIVAS. PRINCIPIOS DE GESTIÓN DEMOCRÁTICA Y AUTONOMÍA

La Alianza Cooperativa Internacional (ACI), con sede en Ginebra (Suiza), que es la máxima autoridad mundial en el ámbito de cooperativas, hizo la última formulación de los valores y principios universales del cooperativismo en su Congreso de Manchester (Inglaterra), llevado a cabo en el año de 1995.

En dicha oportunidad, señaló como valores y principios universales del cooperativismo los siguientes:

A. VALORES

1. De la empresa cooperativa

- a. Autoayuda.
- b. Democracia.
- c. Igualdad.
- d. Equidad.
- e. Solidaridad

2. De los asociados

- a. Honestidad.
- b. Apertura.
- c. Responsabilidad social.
- d. Atención a los demás.

B. PRINCIPIOS

1. Adhesión voluntaria y abierta.
2. Gestión democrática por parte de los asociados.
3. Participación económica de los asociados.
4. Autonomía e independencia.
5. Educación, formación e información.
6. Cooperación entre cooperativas.

7. Compromiso con la comunidad.

Para efectos del asunto de la referencia, se destacan los principios de gestión democrática por parte de los asociados (segundo principio) y autonomía e independencia (cuarto principio). Respecto de estos dos principios, la ACI destacó lo siguiente:

Segundo Principio: Control democrático de los miembros

Las cooperativas son organizaciones democráticas controladas por sus miembros quienes participan activamente en la definición de las políticas y en la toma de decisiones.

Los hombres y mujeres elegidos para representar a su cooperativa responden ante los miembros.

En las cooperativas de base, los miembros tienen igual derecho de voto (un miembro, un voto), mientras en las cooperativas de otras escalas también se organizan con procedimientos democráticos.

Cuarto Principio: Autonomía e independencia

Las cooperativas son organizaciones autónomas de ayuda mutua, controladas por sus miembros.

Si entran en acuerdos con otras organizaciones (incluyendo Gobiernos) o tienen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus miembros y mantengan la autonomía de la cooperativa.

Como se concluye de lo expuesto por la ACI, la elección de los miembros de los órganos de administración y vigilancia de una cooperativa corresponde de manera exclusiva a los asociados; no pueden intervenir en esto ni el Estado ni ninguna organización privada.

7.2.2 RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES DEL COOPERATIVISMO POR LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Al expedirse la Ley 79 de 1988, que es la ley general de cooperativas de Colombia, en el artículo 1° de dicho texto, el legislador colombiano dispuso:

“Artículo 1°. El propósito de la presente ley es dotar al sector cooperativo de un marco propicio para su desarrollo como parte fundamental de la economía nacional, de acuerdo con los siguientes objetivos:

1. Facilitar la aplicación y práctica de la doctrina y los principios del cooperativismo... (Negrilla y subrayado fuera del texto).

A su vez, en el artículo 2° dispuso:

“Declárase de interés común la promoción, la protección y el ejercicio del cooperativismo como un sistema eficaz para contribuir al desarrollo económico, al fortalecimiento de la democracia, a la equitativa distribución de la propiedad y del ingreso, a la racionalización de todas las actividades económicas y a la regulación de tarifas, tasas, costos y precios en favor de la comunidad y en especial de las clases populares.

El Estado garantiza el libre desarrollo del cooperativismo mediante el estímulo, la protección y la vigilancia, sin perjuicio de la autonomía de las organizaciones cooperativas". (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Esto mismo se reprodujo para todas las organizaciones de la economía solidaria al expedirse la Ley 454 de 1998, en el artículo 3°, al tenor del cual:

"PROTECCIÓN, PROMOCIÓN Y FORTALECIMIENTO. Declárase de interés común la protección, promoción y fortalecimiento de las cooperativas y demás formas asociativas y solidarias de propiedad como un sistema eficaz para contribuir al desarrollo económico, al fortalecimiento de la democracia, a la equitativa distribución de la propiedad y del ingreso y a la racionalización de todas las actividades económicas, en favor de la comunidad y en especial de las clases populares.

Parágrafo. El Estado garantizará el libre desarrollo de las entidades de economía solidaria, mediante el estímulo, promoción, protección y vigilancia, sin perjuicio de su natural autonomía." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Como se desprende de las normas anteriores, el legislador colombiano, la igual que los de muchos otros países en el mundo, acoge y respeta los principios de gestión democrática y de autonomía, así como los demás formulados por la ACI como principios universales del cooperativismo.

En este orden de ideas, se compromete a garantizar el libre desarrollo de las cooperativas, para lo cual ejerce vigilancia, sin perjuicio de la autonomía de las mismas.

7.2.3 SUPERVISIÓN DEL ESTADO CON RESPECTO DE LA AUTONOMÍA DE LAS COOPERATIVAS

La autonomía de las cooperativas no significa ausencia de control por parte del Estado. El problema por resolver es la adecuada supervisión que se debe ejercer por parte de aquel para que, sin perjuicio del principio de autonomía, el Estado cumpla a la vez con las funciones que le han sido encomendadas en la Constitución Política en beneficio de todos los ciudadanos.

En efecto, la inspección, control y vigilancia de las cooperativas, contemplada en el artículo 189 numeral 24 de la Constitución Política, como una función en cabeza del Presidente de la República que debe ejercer de acuerdo con la ley²³, es también una garantía para el libre desarrollo de las cooperativas, pues evita la constitución de seudocooperativas y la desnaturalización de las mismas, en perjuicio de aquellas que son genuinas y respetan los valores y principios universales de dichas organizaciones.

De allí que aquellos principios, de *gestión democrática por los asociados y autonomía e independencia de las cooperativas*, se deban combinar con la inspección, control y vigilancia de estas, entre otros aspectos, en cuanto a la elección de los miembros de sus órganos de administración y vigilancia.

²³ Artículo 189 C.P.: Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Asimismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

Ahora bien, ese control debe hacerse en las oportunidades adecuadas, pues si es previo a la elección se estaría coadministrando y coartando la libertad de los asociados de dichas organizaciones para elegir a quienes consideren deben ser sus directivos.

Por lo tanto, la elección de los órganos de administración y vigilancia debe ser autónoma por parte de las organizaciones cooperativas; ahora bien, según el tipo de actividad que ejerza la cooperativa y las responsabilidades que van a ejercer sus directivos, debe haber un control de legalidad diferente por parte del Estado.

7.2.4 OPORTUNIDAD PARA EJERCER EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS ELECCIONES DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA

El control de legalidad que ejerce el Estado respecto de la elección de los miembros de los órganos de administración y vigilancia de las cooperativas puede ser previo al ejercicio del cargo (si así lo dispone expresamente el legislador) o posterior.

Para que sea previo, se requiere una norma legal que exija la posesión de los directivos antes de entrar a ejercer sus cargos. Esto, en la legislación colombiana, solo se da para el caso de las cooperativas que ejercen actividad financiera, según se desprende del numeral 23 del artículo 36 de la Ley 454 de 1998²⁴.

Para las demás cooperativas, incluyendo las de trabajo asociado y dentro de las mismas, las de vigilancia y seguridad privada, no está prevista la posesión previa de sus directivos para poder ejercer el cargo.

Por lo tanto, las cooperativas de vigilancia y seguridad privada pueden elegir libremente a los miembros de los órganos de administración y vigilancia, y estos pueden entrar a ejercer sus cargos sin necesidad de ningún visto bueno previo de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Dichos miembros deben registrarse en la Cámara de Comercio, igualmente, sin necesidad de control previo por parte de la Supervigilancia.

Una vez elegidos, estén o no registrados en la Cámara de Comercio, puede entrar a ejercer sus cargos, pues el registro es solo para efectos de oponibilidad ante terceros.

Como consecuencia de todo lo expuesto, se infiere que el control de legalidad lo puede ejercer la Supervigilancia una vez son elegidos los miembros del órgano de administración y vigilancia de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, independientemente de que estén o no registrados en la Cámara de Comercio; en esa oportunidad, el Estado ya no se estaría coadministrando ni exigiendo posesiones o autorizaciones previas para ejercer el cargo, sino que estaría haciendo un control

24 Ley 454 de 1998, Artículo 36. *Funciones de la Superintendencia de la Economía Solidaria*. Son facultades de la Superintendencia de la Economía Solidaria para el logro de sus objetivos:

(...) 23. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control en relación con las entidades cooperativas de ahorro y crédito y las multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito en los mismos términos, con las mismas facultades y siguiendo los mismos procedimientos que desarrolla la Superintendencia Bancaria con respecto a los establecimientos de crédito, incluyendo dentro de ellas, las atribuciones relacionadas con institutos de salvamento y toma de posesión para administrar o liquidar.

Entre esas facultades de la hoy Superintendencia Financiera (antes Superbancaria), está la de posesionar a los miembros de los directivos de las cooperativas que ejerzan actividad financiera.

de legalidad que es propio de las funciones de inspección, vigilancia y control del Estado respecto de las cooperativas, consagrado en la Constitución Política y en la ley.

4.1 Momento a partir del cual pueden ejercer su función

Como consecuencia de lo expuesto, los miembros del consejo de administración, junta de vigilancia, el gerente y el revisor fiscal, de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, pueden y deben entrar a ejercer sus cargos una vez elegidos por la asamblea general o el consejo de administración de la respectiva cooperativa, según corresponda, sin necesidad de posesionarse ni de recibir autorización o aprobación previa por parte de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

En el caso de los consejeros, el gerente y revisor fiscal, deberán inscribirse en el registro dentro de los términos legalmente establecidos para la inscripción de los actos en las cámaras de comercio, esto es, dentro de los dos (2) meses siguientes a la respectiva elección, para efectos declarativos y de oponibilidad ante terceros.

En el caso de los miembros de las juntas de vigilancia, estos no requerirán inscripción en las cámaras de comercio.

Las cooperativas supervisadas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada deberán remitir, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al respectivo registro, el certificado de existencia y representación legal de la cooperativa en la cual consten las inscripciones correspondientes, para efectos del control de legalidad posterior que podrá ejercer esta superintendencia.

7.2.5 CONTROL DE LEGALIDAD SELECTIVO Y A POSTERIORI (aplicación de los principios de buena fe, eficiencia, celeridad, economía y eficacia de los procedimientos administrativos)

Se considera que el control de legalidad que debería ejercer la Supervigilancia sobre las elecciones de miembros de los órganos de administración y vigilancia de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada debería ser **selectivo y a posteriori**. Las razones son las siguientes:

1. Ninguna norma legal ni reglamentaria obliga a la Supervigilancia a hacer un control de todas y cada una de estas elecciones de los miembros de los órganos de administración y vigilancia de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, ya que esto no está contemplado en el Decreto Ley 356 de 1994, ni en ninguna otra disposición legal.
2. Se debe acudir a los principios contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (L. 1437/2011) en especial los de la buena fe, eficacia, economía y celeridad de los procedimientos administrativos, por lo que se concluye que constituye un desgaste innecesario e injustificado hacer el control de legalidad del 100% de las elecciones de miembros de los órganos de

administración y vigilancia de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada de todo el país.

3. Si existen irregularidades en las elecciones, los asociados podrán interponer las demandas de impugnación de las elecciones ante los jueces civiles, que son los competentes para dirimir estas situaciones y de ser necesario poner en conocimiento de la Supervigilancia para lo de su competencia.
4. Sin perjuicio de lo anterior, la Supervigilancia tiene la potestad de ejercer un control de legalidad de dichas elecciones, selectivo y a posteriori.

Esta misma posición la ha acogido la Superintendencia de la Economía Salaria, respecto del control de legalidad de las elecciones de miembros de órganos de administración y vigilancia de las cooperativas que no ejercen actividad financiera y que por ende, no requiere de posesión de sus directivos. En la Circular Básica Jurídica 007 de 2008 expedida por la Superintendencia de la Economía Solidaria, se exigía enviar los documentos a la misma para el control de legalidad. Con la nueva Circular Básica Jurídica (CBJ) 06 de 2015, las organizaciones cooperativas ni siquiera tienen que enviar dichos documentos, sino que deben tenerlos a disposición de la Supersolidaria. Con otras palabras, la Supersolidaria no hace el control de legalidad de dichas elecciones en forma total, sino selectiva y a posteriori.

En el caso de la Supervigilancia, se considera que no es necesario seguir solicitando a las cooperativas que envíen los documentos que soporten la legalidad de las elecciones de sus directivos. Igualmente, el control no debería ser del 100% de las mismas, como se ha expresado, sino selectivo y a posteriori. Se debe ordenar a las vigiladas, simplemente, que tengan a disposición de la Supervigilancia toda la documentación correspondiente. Esto tendría la ventaja, en caso de quejas relacionadas con el tema, de contar de una vez con todos los elementos de juicio para resolverlas.

7.2.6 DOCUMENTOS PARA EL CONTROL DE LEGALIDAD

Para efectos del control de legalidad de las elecciones de los miembros de los órganos principales y suplentes de las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, estas deberán tener en todo momento, en la sede del domicilio principal de la respectiva cooperativa, a disposición de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, los siguientes documentos, así como remitirlos en medio físico o digital, junto con los demás que requiera la Supervigilancia en el momento en que se les indique:

a) Miembros de Consejos de Administración

1. Acta de la asamblea general ordinaria o extraordinaria en la que se haya elegido a los consejeros, debidamente aprobada. Tomada del libro oficial de actas de asamblea debidamente registrado.
2. Aceptación del cargo (que puede constar en el acta de la asamblea).
3. Registro en la Cámara de Comercio.

4. Certificación de la junta de vigilancia sobre el cumplimiento de los requisitos estatutarios por parte del consejero respectivo.
5. Hoja de vida del Consejero con los documentos que soporten la experiencia laboral, formación, académica y demás exigidos por el estatuto.
6. Los demás que considere necesarios la Supervigilancia para el caso concreto.

b) Miembros de Juntas de Vigilancia

1. Acta de la asamblea general ordinaria o extraordinaria en la que se haya elegido a los miembros de la junta de vigilancia, debidamente aprobada, tomada del libro oficial de actas de asamblea debidamente registrado.
2. Aceptación del cargo (que puede constar en el acta de la asamblea).
3. Hoja de vida del elegido con los documentos que soporten la experiencia laboral, formación, académica y demás exigidos por el estatuto.
4. Certificación de la junta de vigilancia sobre el cumplimiento de los requisitos estatutarios por parte del miembro de la junta de vigilancia respectivo.
5. Los demás que considere necesarios la Supervigilancia para el caso concreto.

c) Revisores Fiscales

1. Acta de la asamblea general ordinaria o extraordinaria en la que se haya elegido a los revisores fiscales, debidamente aprobada, tomada del libro oficial de actas de asamblea debidamente registrado.
2. Aceptación del cargo (que puede constar en el acta de la asamblea).
3. Registro en la Cámara de Comercio.
4. Fotocopia de la tarjeta profesional de contador público.
5. Certificado de antecedentes disciplinarios de la junta central de contadores.
6. Hoja de vida del elegido con los documentos que soporten la experiencia laboral, formación académica y demás exigidos por el estatuto.
7. Certificación de la junta de vigilancia sobre el cumplimiento de los requisitos estatutarios por parte del revisor fiscal principal o suplente, con constancia de no ser asociado de la cooperativa.
8. Los demás que considere necesarios la Supervigilancia para el caso concreto.

d) Gerentes (Representantes Legales)

1. Acta de la reunión del consejo de administración en la que se haya elegido al gerente principal o suplente, debidamente aprobada, tomada del libro de actas del consejo.

2. Aceptación del cargo (que puede constar en el acta de la reunión).
3. Registro en la Cámara de Comercio.
4. Hoja de vida del elegido con los documentos que soporten la experiencia laboral, formación académica y demás exigidos por el estatuto.
5. Los demás que considere necesarios la Supervigilancia para el caso concreto.
6. Certificado de la junta de vigilancia sobre el cumplimiento de los requisitos estatutarios por parte del Gerente.

Por su parte, la Supervigilancia puede hacer la verificación de otros documentos en línea con diferentes organismos del Estado, en especial los siguientes:

- Certificado de antecedentes judiciales.
- Certificado de antecedentes disciplinarios.
- Certificado de antecedentes fiscales.
- Consulta de listas vinculantes por lavado de activos y financiación del terrorismo.

Asuntos en trámite

Los asuntos en trámite relacionados con las elecciones de miembros de los órganos de administración y vigilancia de las cooperativas supervisadas, efectuados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente circular, se regirán por la misma; en consecuencia, pasarán a ser objeto de un control de legalidad selectivo y a posteriori.

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

8. BLINDADOS

Es pertinente señalar que el Decreto 2355 de 2006 señaló a esta Superintendencia como ente responsable de dirigir, coordinar y ejecutar las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los servicios de vigilancia y seguridad privada que se desarrollen en el territorio nacional y, para tal fin, entre otros, a través del numeral 2, le asignó como funciones el expedir las licencias de funcionamiento, credenciales y permisos a los prestadores de servicios de vigilancia y seguridad privada.

Asimismo, el Decreto 2187 de 2001, por el cual se reglamenta el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada contenido en el Decreto ley 356 del 11 de febrero de 1994, en su artículo 37 señala: “Empresas blindadoras. Entiéndase por empresas blindadoras las sociedades legalmente constituidas cuyo objeto social consiste en la prestación remunerada de servicios de vigilancia y seguridad privada, a través de la adecuación de los tipos de blindajes señalados en el artículo anterior, para lo cual deberán obtener la licencia de funcionamiento de que trata el artículo 3° del Decreto 356 de 1994, **cuyo capital para su constitución no podrá ser inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.**”

Además, el artículo 36 del Decreto 2187 de 2001 dispone: “Actividad blindadora para la vigilancia y seguridad privada. Entiéndase por actividad blindadora en los servicios de vigilancia y seguridad privada, los servicios de blindaje que comprenden cualquiera de los siguientes tipos: 1. Fabricación, producción, ensamblaje o elaboración de equipos, elementos, productos o automotores blindados para la vigilancia y seguridad privada. 2. Importación de equipos, bienes, productos o automotores blindados o para el blindaje en la actividad de vigilancia y seguridad privada. 3. Comercialización de blindajes para la vigilancia y seguridad privada. 4. **Alquiler, arrendamiento, leasing o comodato de equipos, elementos o automotores blindados para la vigilancia y seguridad privada.** 5. Instalación y/o acondicionamiento de elementos, equipos o automotores blindados”.

Respecto a los alcances y comprensión del artículo 41 del Decreto 2187 de 2001, reglamentario del Decreto ley 356 de 1994, se procede a formular las apreciaciones que siguen.

De conformidad con el artículo 41 del Decreto 2187:

“El comprador, usuario o tenedor de un vehículo automotor blindado o a quien se haya autorizado el blindaje deberá tramitar ante las autoridades competentes la modificación de la tarjeta de propiedad, en donde conste o se indique la característica de blindado y el nivel de blindaje.

Una vez efectuado lo anterior, el usuario o comprador deberá remitir copia a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, de la tarjeta de propiedad modificada en donde conste la condición de blindado. En todo caso, la obligación anterior se cumplirá dentro de los cuatro (4) meses

subsiguientes a la fecha de expedición del acto administrativo que autorice el acondicionamiento o adquisición del vehículo, so pena de ser inmovilizado el vehículo por las autoridades de tránsito competentes”.

Debe manifestarse que como norma reglamentaria de un aspecto puntual como es el atinente al registro de la condición del blindaje, en el caso del uso de vehículos blindados, es necesario contextualizar su alcance, con las condiciones requeridas para la utilización de este tipo de elementos en la vigilancia y seguridad privada.

En tal sentido, es preciso señalar que conforme al artículo 80 del Decreto 356 de 1994, “... *la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada autorizará la utilización de elementos (...) para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada”.*

En desarrollo de lo anterior, el artículo 40 del Decreto 2187 de 2001 establece los requisitos que, para el uso de vehículos blindados, deben cumplir previo a la autorización administrativa, “*las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado interesadas en la adquisición, instalación, importación, acondicionamiento, arrendamiento, uso o empleo”* de estos blindajes. Requisitos que, conforme al parágrafo de la misma disposición, se han de someter al estudio previo de la Superintendencia entidad “*que procederá, con base en la potestad discrecional, a conceder o negar la autorización”.*

Así las cosas, procede el análisis del artículo 41 del mismo Decreto 2187 de 2001, bajo la premisa conforme la cual la autorización para la adquisición, instalación, importación, acondicionamiento, uso o empleo, de vehículo blindado, tiene como fundamentos facticos y jurídicos los previstos en la normativa que se ha citado, es decir que el alcance de la norma reglamentaria encuentra causa en una situación que ya debe estar consolidada (la obtención de autorización), como punto de partida del deber exigido en su contenido.

Solo cuando se cuenta con la autorización, procede la exigencia del artículo 41, sin que el trámite, que esta norma establece respecto de la tarjeta de propiedad del vehículo, forme parte de tal autorización ni tampoco la condiciona en su existencia o vigencia. La autorización está otorgada, sin perjuicio de condicionar el ejercicio de las facultades que la misma confiere, al registro de los datos allí exigidos, en la tarjeta de propiedad del automotor.

En ese orden de ideas, veamos los elementos contenidos en el artículo 41 bajo análisis:

- Como elemento subjetivo el artículo contempla un deber de todo sujeto que ostente la propiedad, el uso o la tenencia a cualquier título jurídico, de un vehículo automotor blindado.
- Como elemento objetivo, es una regulación que recae sobre el acondicionamiento de blindaje o sobre la adquisición, en ambos casos, de un vehículo blindado. Ello debe estar en consonancia con las regulaciones del Sector Transporte.
- Los deberes expresamente previstos en la norma, en cabeza del comprador, usuario o tenedor del vehículo blindado, atañen a dos momentos secuenciales: El primero consiste en modificar y/o hacer constar en la tarjeta de propiedad del vehículo,

las características de blindado y el nivel de blindaje; el segundo, para el cual se otorga un plazo perentorio de cuatro (4) meses, consiste en remitir copia de la tarjeta ya actualizada con los datos del vehículo, a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

- En relación con la función y naturaleza del plazo referido en la norma, se puede manifestar que se trata de un término que la norma entiende como razonable para que el usuario, comprador o tenedor pueda realizar los trámites ante las instancias de tránsito y transportes asignadas por la ley para la expedición de la tarjeta de propiedad y registro automotor. Ese plazo puede presentar alguna de las siguientes características:

o es un plazo que, al ser concebido para el agotamiento del trámite referido ante las autoridades o concesionarios de tránsito y transporte, dentro de su transcurso, o sea, mientras esté vigente, no deriva afectación al derecho de uso y circulación.

o es un plazo que transcurre a partir de la fecha de expedición del acto administrativo que autorice el acondicionamiento o adquisición de vehículo, es decir, desde la fecha de perfeccionamiento del mismo. Este precepto es un tanto incomprensible, si se tiene en cuenta que es el conocimiento por parte del interesado lo que le permite producir efectos a todo acto administrativo particular y concreto, a no ser que la expedición de este tipo de autorizaciones comporte concomitantemente un mecanismo de publicidad que sirva de punto de referencia.

o ese plazo resulta perentorio en la medida en que una vez agotado, sin que el sujeto obligado realice y agote los trámites de modificar y/o hacer constar en la tarjeta de propiedad y, además, de remitir copia a la Superintendencia, se genera el efecto de la posibilidad de inmovilización del vehículo por las autoridades de tránsito competentes.

- Ahora bien, la omisión integral de los deberes regulados en la norma que nos ocupa, la omisión de los dos momentos ya referidos, trae como consecuencia que el vehículo no pueda circular por no contar con el registro completo de sus características y, por ende, en la contravención que obliga a su inmovilización.

Se trata de una contravención al régimen de circulación de los vehículos, blindados en este caso, que se inspira también en el respeto y acatamiento de las normas sobre seguridad privada y sobre seguridad pública, porque para efectos de control y de orden público, el Estado, a través de sus autoridades, debe tener conocimiento debidamente registrado de la titularidad y/o tenencia de los vehículos blindados. La propia seguridad ciudadana podría estar en peligro, si se permitiera la circulación libre de vehículos de esta naturaleza.

Ahora bien, cabe preguntar si la omisión a que se hace referencia, aparte del efecto consagrado en la norma, puede afectar la vigencia, eficacia o contenido del acto administrativo que ha conferido autorización de blindaje. Sobre el particular, cabe señalar que, si se atiende

a la naturaleza y rango normativo de la disposición bajo estudio, como precepto de una norma reglamentaria de la ley, y si se aplican los criterios de limitación a la actividad de los particulares, condensados en que la libertad es la regla, no se puede concluir que la norma reglamentaria que nos ocupa, con la regulación que ella contiene, contemple una pérdida de eficacia de la autorización.

El sujeto a que se refiere el artículo 41 del Decreto 2187 de 2001 se caracteriza por ser un sujeto autorizado para utilizar un vehículo blindado, como lo señala expresamente la disposición al aludir a la condición del sujeto. La autorización es la base para hacer las modificaciones correspondientes en la tarjeta de propiedad del automotor, a tal punto que, si no se cuenta con autorización, no será posible realizar *“modificación de la tarjeta de propiedad, en donde conste o se indique la característica de blindado y el nivel de blindaje”*.

Pero de la norma, contrario sensu, no se puede deducir que ante la inexistencia de tal modificación en la tarjeta, quede sin efectos la autorización que fue otorgada con fundamento en otro tipo de requisitos, como los que se consignan en el artículo 40 del mismo decreto. Lo que ocurre es que la circulación física del vehículo queda afectada, como efecto de la omisión en el cumplimiento del deber.

De otra parte, vistas las regulaciones que en materia de tránsito han regido sobre esta materia, podría citarse la Resolución 12379 de 2012, expedida por el Ministerio de Transporte, cuyo artículo 8° al referirse a los procedimientos y requisitos, para el caso de la matrícula de vehículos blindados, contemplaba, en su numeral 12, que:

“Para la matrícula de vehículos blindados. El organismo de tránsito además requiere al usuario la resolución expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, a través de la cual dicha entidad autorizó el uso del blindaje del vehículo y el certificado de la empresa blindadora que debe estar registrada ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Para los vehículos con blindaje nivel uno (1) y (2), solo se requerirá el certificado de la empresa blindadora que debe estar registrada ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

El organismo de tránsito requerirá la presentación de los documentos descritos hasta tanto se implemente la conectividad de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada con el sistema RUNT, a partir del cual se validará en el sistema la existencia de esos documentos”.

De análoga manera el artículo 20 de la misma resolución, al aludir a los requisitos para solicitar el cambio de características de un vehículo exige en su numeral 6 que:

“Cuando corresponda a un blindaje o desmonte del blindaje de un vehículo automotor. El organismo de tránsito requiere al usuario la resolución expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada a través de la cual dicha entidad autorizó el blindaje o desmonte del blindaje del vehículo y el certificado de la empresa blindadora que debe estar registrada ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y que efectuó el blindaje o el desmonte de este, en donde se deberán adherir las improntas del vehículo. La resolución expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada a través de la cual dicha entidad autorizó el blindaje o desmonte del blindaje del vehículo no se requerirá para los niveles 1 y 2”.

Luego el artículo 3° de la Resolución 2501 de Min. Transporte núm. 2501 de 2015, al modificar el artículo 12 de la Resolución Min. Transporte núm. 12379 de 2012, señala en el numeral 10 del mismo que:

“Para el traspaso de un vehículo blindado. El organismo de tránsito, además, requiere al usuario la resolución expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada a través de la cual se autoriza al nuevo propietario el uso de vehículo blindado o la resolución de la Superintendencia de Vigilancia que autoriza el desmonte del blindaje y la certificación expedida por la empresa blindadora que debe estar registrada ante la Superintendencia de Vigilancia y que efectuó el desmonte. La resolución que expide la Superintendencia de Vigilancia a través de la cual autoriza el blindaje o el desmonte de este no se requerirá para los niveles 1 y 2”.

Nótese que si bien no hay una plena armonía entre las disposiciones del Sector Vigilancia y Seguridad Privada y las del Sector Transporte, porque las disposiciones de las resoluciones deben estar en consonancia con lo previsto en el artículo 41 del decreto bajo estudio, cuando este dispone que se “deberá tramitar ante las autoridades competentes la modificación de la tarjeta de propiedad, en donde conste o se indique la característica de blindado y el nivel de blindaje”, de todas formas es evidente la delimitación conceptual y jurídica entre la autorización que expide la Superintendencia de Vigilancia y la obligación de registrar ante las autoridades de tránsito y transporte lo concerniente a la matrícula, traspaso y cambio de características de vehículos blindados, trámites para los cuales, en consonancia con lo establecido en el Decreto 2187 de 2001, se exige como requisito básico y previo la autorización de la mencionada Superintendencia. Este requisito, además, se explica por la necesidad de coincidencia entre lo autorizado y lo registrado en tránsito, y permite armonizar el control de las autoridades de los dos sectores mencionados en el respectivo y perfectamente delimitado ámbito de sus competencias.

Fuente: Concepto Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

9. CONTRATACIÓN DE SERVICIOS ILEGALES

La seguridad se concibe como uno de los principales fines del Estado, por medio de la prestación del servicio público, que pretende resguardar la convivencia, la dignidad humana y proteger en general a la población. Al advertir que esta actividad preponderantemente se encuentra en cabeza del Estado, él es quien debe avalarla a través del otorgamiento de licencias de funcionamiento, garantizando que la práctica de esta actividad por parte de particulares sea ejercida de manera adecuada y en concordancia con los principios constitucionales y legales que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el Decreto Ley 356 de 1994, en su artículo 3º, dictaminó que los servicios de vigilancia y seguridad privada, únicamente “... podrán prestarse mediante la obtención de licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con base en la potestad discrecional, orientada a proteger la seguridad ciudadana”.

Desde esta perspectiva, se presumirá que los servicios de vigilancia y seguridad privada que operen sin la debida licencia de funcionamiento vigente actúan como prestadores de servicios ilegales en el territorio nacional.

De otra parte, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada establece en su ordenamiento legal medidas sancionatorias dirigidas a las empresas que ejercen la actividad de vigilancia ilegalmente y del mismo modo, penaliza aquellas que contraten estos servicios ilícitos. En relación con tal asunto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-893 de 2006, dispuso que:

“Para que la Administración se sujete a las normas procedimentales y garantice la preservación del debido proceso, se requiere, como es lógico, que dicho procedimiento exista. Este principio adquiere especial relevancia en cuanto tiene que ver con el ejercicio de la competencia sancionatoria de la Administración, pues la existencia de un diseño procedimental previo garantiza el ejercicio pleno del derecho de defensa y permite el control de validez de la decisión sancionatoria. Ciertamente, la Administración Pública no puede respetar las garantías del debido proceso si el procedimiento administrativo sancionatorio no existe. En este sentido, para garantizar la satisfacción del principio de legalidad, a la ley no le basta con describir la conducta que considera reprochable, ni establecer la sanción que debe imponerse como consecuencia de la realización de la dicha conducta: a fin de garantizar el principio de legalidad de la sanción y de preservar los derechos al debido proceso y a la defensa del asociado, la ley también debe indicar el procedimiento aplicable.

El artículo 91 del Decreto 356 de 1994 señala que la Superintendencia sancionará a las personas naturales o jurídicas o entidades oficiales que contraten servicios de vigilancia y seguridad privada con empresas que no tengan licencia de funcionamiento o que la tengan vencida. No obstante, frente a la inexistencia de una normativa expresa e inequívoca que determine el procedimiento al

que debe acogerse la Administración para imponer la sanción indicada, corresponde al intérprete acoger las normas generales sobre procedimiento administrativo, previstas en el Código Contencioso de la materia, con el fin de proceder a la imposición del correctivo correspondiente. A falta de una normativa expresa y específica que garantice la aplicación de un procedimiento administrativo determinado, corresponde al operador jurídico acudir a las normas del Código Contencioso-Administrativo para ejercer la competencia sancionatoria, sin que pueda concluirse que por la ausencia de una reglamentación concreta en la materia se abra un vacío legal reprochable desde el punto de vista constitucional”.

A su vez, la sentencia mentada hace un pronunciamiento respecto al procedimiento aplicable a las sanciones impuestas de la siguiente manera:

“Procedimiento aplicable respecto a sanciones impuestas contra particulares y entidades públicas en los eventos contemplados por la norma acusada

La norma acusada establece la competencia de la Superintendencia para sancionar a las personas –naturales o jurídicas– y a las entidades oficiales que contraten servicios de vigilancia y seguridad privada con empresas no autorizadas para hacerlo o que no tienen una licencia vigente (art. 91 del Decreto 356 de 1994).

Esta competencia es concordante con la que se otorga a la Superintendencia para adelantar “las investigaciones y diligencias necesarias conforme a la ley, por infracciones a las normas que regulan los servicios de vigilancia y seguridad privada e imponer los correctivos y sanciones del caso, según la reglamentación aplicable”, y con la que asigna al Superintendente Delegado para el Control, para adelantar “las investigaciones por infracciones a las normas que regulan la industria y los servicios de vigilancia y seguridad privada e imponer los correctivos y sanciones del caso” (Art. 12-4).

No obstante, pese a que –por virtud del demandado artículo 91 del Decreto 356 de 1994– la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada está habilitada para imponer dichas sanciones, la disposición legal en cita no explica, no determina ni indica cuál es el procedimiento aplicable para la imposición de la misma.

En principio, esta circunstancia obligaría a considerar que la omisión del legislador produce una vulneración del derecho al debido proceso de los asociados, dadas las consideraciones teóricas señaladas precedentemente. No obstante, dicha conclusión sería inevitable si no fuera porque ha sido el propio ordenamiento jurídico el que ha previsto un procedimiento de origen legal, aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios, para regular las actuaciones de este tipo.

Ciertamente, el artículo 91 del Decreto 356 de 1994 señala que la Superintendencia sancionará a las personas naturales o jurídicas o entidades oficiales que contraten servicios de vigilancia y seguridad privada con empresas que no tengan licencia de funcionamiento o que tengan vencida. No obstante, frente a la inexistencia de una normativa expresa e inequívoca que determine el procedimiento al que debe acogerse la administración para imponer la sanción indicada, corresponde al intérprete acoger las normas generales sobre procedimiento administrativo, previstas en el Código Contencioso de la materia, con el fin de proceder a la imposición del correctivo correspondiente.

Tal como lo sostiene el concepto del señor Procurador, a falta de una normativa expresa y específica que garantice la aplicación de un procedimiento administrativo determinado, corresponde al operador jurídico acudir a las normas del Código Contencioso-Administrativo para ejercer la competencia sancionatoria, sin que pueda concluirse que por la ausencia de una reglamentación concreta en la materia se abra un vacío legal reprochable desde el punto de vista constitucional.

Así lo ha reconocido el propio Consejo de Estado al advertir que el procedimiento consignado en el Código Contencioso-Administrativo es aplicable a los procedimientos que deba adelantar la administración, a falta de procedimiento específico para el ejercicio de una competencia. Dicha posición ha sido reiterada en otros fallos de esa corporación²⁵.

La Sala precisa previamente que los actos acusados tienen el carácter de administrativos y, por lo tanto, son del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues fueron expedidos en ejercicio de las funciones de policía administrativa atribuidas a las autoridades del orden municipal, por lo cual, sin lugar a dudas, constituyen actos administrativos.

Asimismo, cabe precisar que son diferentes los actos producidos en los juicios policivos de naturaleza penal o civil, de aquellos que tienen lugar en ejercicio de las funciones de policía administrativa atribuidas a las autoridades tendientes a preservar el orden público en materia de seguridad, salubridad, tranquilidad y moralidad públicas. Estas actuaciones son administrativas, sujetas a control jurisdiccional, tal como sucede en el asunto sub lite.

Sin embargo, esas actuaciones administrativas están regidas por un procedimiento administrativo especial, por el procedimiento administrativo a que posteriormente se alude.

Así las cosas, le asiste razón al fallador de primera instancia cuando afirma que las normas contenidas en la primera parte del C. C. A., no son aplicables al asunto que ocupa la atención de la Sala. En efecto, el artículo 1º, inciso tercero del C. C. A., prescribe:

“(…)

Por cuanto se rigen dichos actos por un procedimiento especial, los artículos 28, 69, 73 y 74 del C. C. A., no son aplicables a las resoluciones demandadas, que, se reitera, fueron expedidas en ejercicio de la función policiva de los funcionarios que las expidieron, por lo cual mal podían ser violados los artículos citados”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 4992)

Fuente: Concepto de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año: 2015

25 “2. Partiendo del hecho indiscutible de que los actos acusados, proferidos por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), son el resultado de la actuación administrativa iniciada con ocasión de la introducción ilegal al país del vehículo objeto de decomiso, cuya propiedad radicaba en cabeza del actor, debe igualmente partirse del hecho de que dicha actuación, en principio, debe regularse por las normas contenidas en el C. C. A., de acuerdo con lo establecido en su artículo 1º, cuyo texto es como sigue: (...) Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles... 3º. Como se dijo anteriormente, las normas previstas en el C. C. A. son aplicables, en principio, a todas las actuaciones administrativas seguidas por las entidades a las cuales se refiere el precepto transcrito, a menos que, como lo dispone el inciso 2, se encuentren reguladas por leyes especiales”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez. Santa Fe de Bogotá, D. C. veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve. Radicación número: 5244 Actor: Rudesindo Rojas Robles).

10. DERECHOS HUMANOS – CIRCULARES LGBTI, CONDICIONES SANITARIAS

10.1 Circular Externa núm. 2015700000195 del 7 de septiembre de 2015

Asunto: Lineamientos Sobre DD. HH. y Respeto a la Dignidad Humana

A fin de garantizar el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, teniendo en cuenta los postulados previstos en la Constitución Nacional, la Ley 1482 de 2011 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia, con base en la responsabilidad indirecta que comporta en la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad privada, así como los principios, deberes y obligaciones que rigen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada conforme al Decreto ley 356 de 1994 (en cuyo artículo 74 dispuso “1. Acatar la Constitución, la Ley y la ética profesional; 2. Respetar los derechos fundamentales y libertades de la comunidad...”), los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán adoptar las medidas necesarias para prevenir y atender de forma adecuada los hechos o situaciones relacionadas con las personas con orientación sexual e identificación de género diversa (LGBTI), en los sitios y espacios donde se preste el servicio y adoptar procedimientos internos en tal sentido, o en su defecto aquellos que se requieran para sancionar actos de discriminación directa o indirecta²⁶ que pueda cometer el personal vinculado a los sujetos sometidos a Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia.

En tal sentido, ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia T-909/11: *“La dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, son los derechos de libertad y de no intervención que confluyen en la protección de los ámbitos de la libertad individual, en tanto ingredientes básicos para que un individuo pueda desenvolverse como tal en la sociedad, a la vez que consistentes con el humanismo, la creatividad, la autonomía reconocidas a la persona natural en el Estado constitucional, la protección de la libertad pura, que en definitiva consiste en poder asignar cualquier contenido sobre los asuntos que no producen ningún daño en los otros y en no poder ser reprochado por ello, indemnes a los demás, ajenas al interés general, indisponibles por nadie distinto al sujeto.*”

²⁶ T-140 de 2009 la discriminación directa se presenta cuando “se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión opiniones personales (...) de manera que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social”. Por su parte la indirecta ocurre cuando “de tratamientos no directamente discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su afecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”.

10.2 Circular Externa núm. 20167000000235 de 3 de octubre de 2016

Asunto: Lineamientos de derechos humanos y responsabilidad social

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada como miembro del **Pacto Global de las Naciones Unidas** asumió el compromiso de promover el respeto a los Derechos Humanos en el sector como un componente determinante de una gestión responsable y diligente de los servicios de vigilancia y seguridad privada. En este sentido, se expide la siguiente circular, a fin de expedir parámetros regulatorios sobre la protección de Derechos Humanos y Responsabilidad Social en el servicio de vigilancia.

La circular cita algunas recomendaciones tomadas del Código Internacional de Conducta para Servicios de Seguridad Privada (ICOC) y del informe anual del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios como medio para violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Los prestadores de servicios de vigilancia y seguridad privada deberán:

- Respetar los Derechos Humanos de todas las personas y proteger los intereses de sus clientes.
- Estar debidamente informados respecto de los riesgos de Derechos Humanos asociados con sus operaciones.
- Hacer especial hincapié en el respeto de los Derechos Humanos en los cursos de formación para el personal.
- Verificar la ausencia de antecedentes policiales y delictivos, culposos o dolosos, del personal, mediante certificado de autoridad competente independiente y/o autónoma.
- Contar con un seguro de responsabilidad civil extracontractual por los riesgos de uso indebido de armas de fuego u otros elementos de vigilancia y seguridad privada; por el transporte de valores; por daños y lesiones personales causados a terceros por caninos, entre otros.
- Capacitación en la práctica del uso de la fuerza para emplearla de manera gradual y progresiva, con el fin de preservar la integridad física de las personas durante las actividades de seguridad privada.
- El uso de la fuerza y de las armas debe conciliarse con el respeto de los derechos humanos, de tal forma que se reduzca, en la medida en que sea posible, el empleo de medios que puedan generar lesiones o la muerte. Sustituir en la medida de sus posibilidades el arma de fuego por elementos de letalidad reducida o incapacitante.

- Exigir que su personal adopte todas las medidas necesarias para evitar el uso de la fuerza. En caso de ser necesario el uso de la fuerza, esta se haría de conformidad con la ley aplicable. En ningún caso, el uso podrá ir más allá de lo estrictamente necesario y deberá ser proporcional a la amenaza y a la situación concreta.
- Exigir al personal el almacenamiento de las armas y municiones en un lugar seguro y vigilado cuando los miembros del personal no estén en servicio.
- No podrán ser socios ni empleados de empresas que presten servicios de vigilancia y seguridad los integrantes de las fuerzas militares y de la policía en servicio activo, los funcionarios al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.
- Mantener el registro actualizado de los lugares en los cuales se encuentran las armas con permiso de tenencia, según los contratos suscritos. Asimismo los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán ejercer el máximo control sobre las armas con permiso de porte, cuyo uso se limita exclusivamente a la prestación de los servicios contratados por los usuarios.
- No poseer ni utilizar armas hechizas o alteradas o municiones recalzadas y no participar en las transferencias de dichos elementos.
- El personal de seguridad privada debe informar a las autoridades competentes cuando, en el desempeño de sus actividades, tengan conocimiento de la comisión de un acto delictivo o de la violación de los derechos humanos.
- No participar y requerir a su personal para que no participe, en actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- No contratar a personas menores de 18 años para que presten servicios de vigilancia y seguridad privada.
- No consentir el acoso y el abuso de compañeros de trabajo por parte del personal de la empresa.
- No permitir que su personal participe o se beneficie de la explotación sexual (incluyendo, a estos efectos, la prostitución) y el abuso, violencia o delitos de género, violación, acoso sexual, o cualquier otra forma de abuso o violencia sexual. En el caso de que se tenga conocimiento de ellos, se debe proceder a denunciarlos ante las autoridades competentes.
- Adoptar medidas razonables para velar porque los bienes y servicios que ofrece no sean utilizados para infringir las normas de Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario, así como que dichos bienes y servicios no se deriven de tales infracciones.

- Contar con mecanismos transparentes y efectivos, de conocimiento público, para recibir, registrar, atender y analizar quejas y reclamos respecto de su desempeño en lo que a Derechos Humanos y vigilancia y seguridad privada se refiera.
- Mantener el respeto y las garantías de los derechos de los trabajadores, en especial en lo relacionado con las condiciones de pagos de horas extras, jornada laboral, liquidaciones y beneficios por pago contributivo de parafiscales, entrega de contrato de trabajo antes de empezar a laborar.
- No discriminar en la contratación del personal por motivos de raza, color, sexo, religión, origen social, condición social, condición indígena, discapacidad u orientación sexual, y se seleccionará al personal en base a las cualificaciones exigidas por el contrato.
- Respetar el derecho que tienen los empleados a asociarse libremente.
- Proporcionar a todos los empleados buenas condiciones de seguridad e higiene laboral.
- No podrán prestar servicios a los usuarios que no provean los recursos locativos o sanitarios mínimos para que el personal de vigilancia fija o móvil pueda desarrollar su labor en condiciones que no atenten contra su propia seguridad y dignidad.
- Prestar los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada respetando el medio ambiente y observándose toda la legislación pertinente.
- Colaborar con las autoridades cuando se presenten situaciones de competencia desleal como acuerdos entre empresas para fijar precios, realizar ofertas concertadas y repartirse el mercado.
- Los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada deberán actuar de conformidad con las directrices contenidas en esta circular y exigirán a su personal, proveedores y terceros relacionados con la prestación, se ajusten a los lineamientos aquí establecidos.

La presente circular rige a partir de su publicación y será obligatoria para los prestadores del servicio de Vigilancia y Seguridad Privada.

II. MERCENARIOS

Se procede a poner a colación lo evaluado sobre el informe liberado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas “*del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*” de la siguiente manera:

Alcance crítico del estudio

En el informe figuran los resultados del estudio que el Grupo de Trabajo está realizando en todo el mundo sobre las leyes y los reglamentos nacionales relacionados con las empresas militares y de seguridad privadas. En su introducción, el pronunciamiento de los comisionados manifiesta que se referirán a dos temas:

- Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.
- Un estudio comparativo de legislaciones nacionales, relativo a las empresas militares y de seguridad privadas de países de América Central y el Caribe, América del Sur y Europa.

Sin embargo, el documento se refiere en buena parte de su extensión a la metodología de verificar la legislación en materia de vigilancia privada, de cada uno de los países tomados en consideración para el estudio.

Dado lo anterior, en lo que puede verificarse a primera vista, puede decirse que el documento tiene la siguiente contextura:

- Se trata de un estudio que versa sobre las legislaciones de algunos países de Europa Occidental, América Central y Sudamérica, con la expresa pretensión de evaluar la eficacia de cada legislación nacional relativa a empresas de vigilancia privada y empresas militares, y establecer si en cada uno de esos marcos normativos, se adopta y garantiza la protección de derechos humanos y si se promueve o no, la rendición de cuentas en caso de transgresiones. En tal sentido, como método se estudia en cada caso: “*a) ámbito de aplicación de la legislación; b) concesión de licencias, autorización y registro; c) selección y formación del personal; d) actividades permitidas y prohibidas; e) normas sobre la adquisición de armas; f) uso de la fuerza y utilización de las armas de fuego; g) rendición de cuentas por las transgresiones y vías de reparación para las víctimas y h) ratificación de la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios*”.

- El documento mezcla dos cosas diferentes, al referirse como fuente de riesgo de transgresión de derechos, a la permisión de actividades militares de mercenarios y al mismo tiempo a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada. En efecto, si bien el estudio pretende referirse a estos dos entornos, lo cierto es que, por lo menos del texto puesto a consideración, no se logra establecer una línea clara de tratamiento diferenciado de los dos fenómenos, ni menos profundiza en una revisión completa de las legislaciones consultadas de tal manera que se establezcan las diferencias específicas.
- Entre las actividades revisadas y que se regulan en los países consultados, inclusive el nuestro, se hace referencia a los servicios de la protección armada de edificios, instalaciones, bienes y personas; de escolta de personas y bienes; el transporte, la protección y el envío de efectivo, joyas, metales preciosos y otros objetos de valor, y a la realización de investigaciones, servicios prestados por consultores en materia de seguridad, blindados, entre otras.
- Si bien en el estudio comparado que es netamente descriptivo, se mencionan algunos tipos de autoridades que conceden las licencias y vigilan tales servicios, no se hace análisis conceptual que permita definir cuáles son las virtudes o carencias de los diferentes tipos de supervisión o control especializados de los mismos.
- Es una visión parcial pues solo se limita a verificar la legislación, en materia de vigilancia y seguridad privada. Así pues, para el caso colombiano, la principal fuente de consulta fue el Decreto ley 356 de 1994. Marco normativo de intervención, control y vigilancia de los servicios de vigilancia y seguridad privada, pero que se complementa con otras fuentes normativas de tipo legal y constitucional, que debieron ser consultadas por los autores del estudio para lograr una mayor ilustración, tanto de la vigilancia y seguridad privada como de la prohibición y el tratamiento punitivo que en Colombia tienen temas como los relativos a mercenarios y empresas militares.
- Las conclusiones no se orientan a profundizar en las buenas prácticas sino a enfatizar en las posibles debilidades que se detectaron en la muestra de legislaciones revisadas, para insistir en la celebración de convenios internacionales sobre temas de control, protección de derechos humanos derivados de las actividades de vigilancia y seguridad privada en una imprecisa asimilación con actividades militares de mercenarios, formas de licenciamiento, etc.
- A pesar de que de la lectura de cuerpo principal del documento, se pueden apreciar, de las legislaciones comparadas, algunos elementos comunes de la regulación de las empresas de vigilancia y seguridad privada, en materias como tipos de actividades, selección de personal, restricciones en el uso de armas y tipo de armas, en la distinción de tipos de servicios, en licenciamiento o autorización, en registros de personas y medios, en supervisión de las actividades y en su delimitación con las actividades ordinarias y exclusivas de la fuerza pública, entre otras, de todas maneras el documento en sus conclusiones hace hincapié en las diferencias y presuntas disparidades que surgen de la revisión de las legislaciones seleccionadas, para poder

concluir en la necesidad de celebrar un tratado que unifique las legislaciones y establezca instrumentos uniformes de protección de derechos humanos derivado del accionar de estas empresas.

- Es curioso verificar que la colaboración entre empresas de vigilancia y seguridad privada, con las autoridades, sobre todo de Policía, se califique en el estudio como acción de riesgo, al sostener que *“Las consecuencias para los derechos humanos de esas disposiciones relativas a la distribución de las actividades con las fuerzas de seguridad nacionales deben examinarse cuidadosamente”*.

Enunciación de buenas prácticas

En el método descriptivo y de análisis puntual que hace el documento, sus autores de manera tímida enuncian algunas disposiciones de las legislaciones consultadas, que califican como buenas prácticas en la dinámica de la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, por parte de empresas privadas. En efecto, a pesar de que el estudio pudo comprender legislaciones de países abanderados en el control de las actividades de vigilancia y seguridad privada, solamente en su texto se destacan como buenas prácticas en la materia, las siguientes:

- La imposición de sanciones económicas y penales cuando se acredite la incursión de personal de estas empresas en hostilidades y las violaciones graves de los derechos humanos.

Si los autores hubieran consultado integralmente las legislaciones invocadas, por ejemplo, en el caso de la colombiana, habrían encontrado que en Colombia, no solo está prohibida la creación de empresas para la prestación de servicios relacionados con la Defensa y Seguridad Nacional, por ser materia exclusiva y excluyente de la Fuerza Pública, por norma constitucional, sino que también se prevé un régimen legal que sanciona las prácticas ilegales en los servicios de vigilancia y seguridad privada. Eso podrá verse reforzado con las propuestas que, en esa materia, se incorporaron al trámite del proyecto de ley actualmente en curso en el Congreso.

- La exigencia de un seguro de responsabilidad civil por los riesgos relacionados con las actividades de la empresa.

Debe recordarse, así el estudio no lo haya puesto de presente para el caso colombiano, que en nuestra legislación se exige seguro de responsabilidad civil extracontractual, por los riesgos de uso indebido de armas de fuego u otros elementos de vigilancia y seguridad privada; por el transporte de valores; por escuelas de capacitación y entrenamiento de vigilancia y seguridad privada, entre otras garantías.

- Limitación del número de guardas de seguridad privada, por empresa y/o en proporción a la fuerza pública.

- Poner a disposición de la Fuerza Pública las armas, municiones y equipos, en el caso de huelga o interrupción legal de los servicios de seguridad privada que los devolverá una vez la situación haya vuelto a la normalidad.
- La verificación de ausencia de antecedentes policiales y delictivos, culposos o dolosos, del personal, mediante certificado de autoridad competente independiente y/o autónoma.
- Registro por parte de la entidad supervisora, de las personas autorizadas a prestar servicios de seguridad privada, así como de las personas rechazadas por haber infringido la ley.
- Capacitación en la práctica del uso de la fuerza para emplearla de manera gradual y progresiva, con el fin de preservar la integridad física de las personas durante las actividades de seguridad privada.
- Que cada arma de fuego esté asignada a un guarda de seguridad concreto.
- De la normativa colombiana, el estudio reconoce que las empresas de seguridad privadas deben respetar los derechos y libertades básicos de los ciudadanos.
- En el mismo sentido, sobre el caso colombiano destaca que: *“Los proveedores de servicios de vigilancia y seguridad tienen la obligación de cooperar con la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada en sus inspecciones y deben establecer también mecanismos internos de control. En el caso de los servicios especiales y los guardias comunitarios, en la normativa se prevé que deben informar a la autoridad de cualquier acto delictivo o violación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario que pueda llegar a su conocimiento en el curso de su labor. Para los servicios comunitarios, se crea un consejo de supervisión que presenta informes trimestrales a la superintendencia con recomendaciones para garantizar la seguridad pública, somete las actividades a escrutinio público y proporciona una supervisión eficaz”*. Esa es una buena práctica. Lo cual resulta contradictorio, con lo dicho en otro aparte del documento en relación con la colaboración de las empresas con las fuerzas de Policía, al indicar que las actividades de colaboración o distribución de tareas *“deben examinarse cuidadosamente”*.

Análisis de las conclusiones del estudio

A pesar del método descriptivo utilizado en el documento y de la limitada fuente que sirve de consulta, se llega a unas conclusiones que exigen un mayor soporte y rigor científico, pues de la lectura del texto anterior, no se logra establecer la debida congruencia de argumentación con el acápite y contenido de las conclusiones a las que llega el documento.

En una primera conclusión, el documento manifiesta que *“Los diferentes enfoques y las lagunas normativas que se muestran en el estudio pueden dar lugar a un grave debilitamiento del estado de derecho y de la rendición de cuentas del personal de las empresas militares y de seguridad privadas por las infracciones que puedan cometer (...) Riesgos para los derechos humanos fundamentales,*

como el derecho a la seguridad, el derecho a la vida, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y el derecho de las víctimas a un recurso efectivo”. En realidad, el estudio no hace un análisis que permita identificar, en cada país consultado, cuáles son las normas que, en criterio de los autores del documento, deberían ser consagradas para cumplir el propósito de proteger los derechos humanos, con ocasión de la prestación de actividades de vigilancia y seguridad privada, por lo que ante la fuerza de las palabras con las que se enuncia, es importante que el documento sea aclarado con los soportes reales que lo avalen en la contundencia que pretende intentar.

Lo anterior, porque “empresas militares” y “empresas de seguridad privada”, por lo menos en Colombia y, al parecer, en buena parte de los países consultados, son conceptos muy diferentes. Así lo reconoce tímidamente el documento, cuando manifiesta que en nuestro país las empresas de vigilancia y seguridad privada tienen prohibidas, entre otras, “las actividades de inteligencia, el entrenamiento de combate, las confiscaciones, registros, interceptaciones u otras actividades ilícitas”.

Ahora bien, el documento, aparte de enunciarlos, no analiza la situación de los organismos de control o supervisión de las actividades de vigilancia y seguridad privadas, como para poder identificar de tal análisis, cuáles son sus fortalezas o debilidades para llegar a semejante conclusión.

De otra parte, el documento concluye que “*Subsisten graves lagunas normativas en relación con la adquisición ilegal y el tráfico de armas por parte del personal de las empresas militares y de seguridad privada y sus consecuencias, y hay enfoques divergentes sobre el uso de la fuerza y de las armas de fuego*”. Podríamos decir para el caso colombiano que si aparte del Decreto 356, la comisión hubiese consultado las normas constitucionales y legales, atinentes a la Defensa y Seguridad Nacional y a la Vigilancia y Seguridad Privada, de pronto hubiese precisado que el monopolio material y comercial de las armas, reside en el Estado; que salvo excepciones muy precisas, las armas son de uso privativo de la Fuerza Pública; que existen varias conductas punibles en el Código Penal, sobre el particular; que las “empresas militares” están proscritas; que el uso de armas en la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, se circunscribe a lo expresamente autorizado por el Estado, a través de la Superintendencia.

La superficialidad del estudio en una materia tan delicada como la que es objeto de tratamiento en el mismo, se acredita, por ejemplo, para el caso colombiano, en cuanto que la Corte Constitucional ha fijado en varios sus pronunciamientos, los lineamientos constitucionales dentro de los cuales se debe desarrollar la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada. Así un buen punto de referencia, que pudo ser visto por los autores del estudio pero que no fue considerado, lo constituye la Sentencia C-123 de 2011, que al hacer una revisión de la jurisprudencia anterior, pone en evidencia cuáles son los postulados a los que han de someterse estas empresas, a saber:

“5.1.- El artículo 2º de la Carta reconoce expresamente que las autoridades colombianas han sido instituidas para proteger a los residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, de manera que la seguridad constituye uno de los fines esenciales del Estado. Al mismo

tiempo, como actividad inherente a la función social del Estado, es servicio público (art. 365 CP). Tal ha sido la postura uniforme en la jurisprudencia constitucional, que sobre el particular ha señalado:

En reiterada jurisprudencia (C-572/97 y C-199/01), esta Corte ha expresado que la seguridad como supuesto del orden, de la paz y del disfrute de los derechos, es un fin del Estado, al cual corresponde la misión que el inciso segundo del artículo 2o. de la Constitución impone a las autoridades de la república, y que por lo tanto constituye un servicio público primario inherente a la finalidad social del Estado, que como tal está sometido al régimen jurídico que fije la ley (inciso segundo del artículo 365 de la CP), y que puede ser prestado por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares, reservándose aquél en todo caso la competencia para regular, inspeccionar, controlar y vigilar su prestación”.

5.2.- *Por tratarse de un servicio público, la Constitución autoriza que su prestación regular, continua y eficiente se cumpla en forma directa por el Estado o indirectamente a través de los particulares, de acuerdo con el marco jurídico fijado en la ley (art. 365 CP), sin renunciar al monopolio en el uso de la coerción legítima y sin que ello pueda ser interpretado como una forma de sustituir la función constitucional de la fuerza pública de mantener el orden interno y proteger los derechos ciudadanos. Al respecto, en la Sentencia C-199 de 2001, al examinar varias normas del Decreto Ley 356 de 1994, la Corte puntualizó lo siguiente:*

A propósito de lo expresado, no sobra destacar que es la imposibilidad operativa para atender los requerimientos que en materia de vigilancia y seguridad formulan los miembros de la comunidad, lo que ha llevado al Estado a promover la participación de los particulares en la prestación del servicio de vigilancia. Ello, por supuesto, no constituye una abdicación del monopolio de la coerción material en cabeza del Estado, ni una forma de sustituir la función de la fuerza pública en su obligación constitucional de mantener el orden público interno y proteger los derechos ciudadanos, pues, como ya lo ha dicho la Corte, estas competencias, por entrañar intereses de carácter general e involucrar la estabilidad misma del Estado, son del todo indelegables. En realidad, fundado en el principio de solidaridad social y en los deberes ciudadanos de colaboración y participación en la vida política, cívica y comunitaria del país (C. P. arts. 1º y 96), lo que se pretende es promover la existencia de instituciones privadas que colaboren en la acción preventiva y disuasiva de posibles conductas delictivas que pueden llegar a afectar los derechos individuales, objetivos que deben cumplirse dentro de los parámetros y restricciones establecidos por la propia Carta y por la ley, y, como quedo dicho, bajo la vigilancia, supervisión y control de entidades públicas especializadas y técnicamente idóneas”. (Resaltado fuera de texto).

Por otra parte, también concluye el informe bajo estudio, que “La legislación carece de referencias al cumplimiento de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario por parte de las empresas o su personal, a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil de las personas y las empresas, así como a los recursos efectivos a disposición de las víctimas”. No debe desconocerse que el documento se inspira en una motivación plausible y de necesaria implementación y permanencia, como es la necesidad de garantizar material y formalmente el respeto a los derechos humanos, con ocasión de las actividades de estos tipos de empresa; y de promover la efectiva persecución de las infracciones y afectaciones que sufran tales derechos por cuenta de estas organizaciones privadas.

Si bien cierto que esta es de las pocas materias en las que se puede considerar que el informe tiene asidero y en las que podría ahondar nuestra legislación, también lo es, y debe reiterarse que en Colombia, por mandato del Constituyente de 1991, rige la Convencionalidad como referente imperativo de los derechos humanos; que por lo tanto, a nivel de norma constitucional efectiva y de aplicación inmediata, en nuestro país rigen las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados aprobados y ratificados por Colombia que estén en vigor; y que, incluso, su transgresión puede ser reivindicada en tribunales internacionales.

De otra parte, que delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, a los que comprenden lavado de activos y la clasificación de delitos de lesa humanidad, han sido temas de permanente regulación interna en Colombia, incluso, como mecanismos de levantamiento del velo corporativo.

Ahora bien, en materia de protección a víctimas, ha de reiterarse que en nuestro país, sólo están permitidas las empresas de vigilancia y seguridad privada, las cuales, para efectos de su licenciamiento y permanencia, requieren constituir pólizas de responsabilidad civil extracontractual, en relación con los daños derivados de sus actividades, tal y como se dejó expresado anteriormente.

En fin, el tema de las responsabilidades y derecho de víctimas, es de los que pueden ser objeto de tratamiento en el inmediato futuro, con un régimen jurídico que fortalezca el sistema de inspección, vigilancia, control y sanción del Estado, sobre las empresas de vigilancia y seguridad privada; y, por otra parte, incluya dentro de sus requisitos de licenciamiento y operación, la financiación de fondos que tengan por objeto reparaciones o indemnizaciones que se causen con ocasión de sus actividades. El estudio no se detiene en este tema de la adecuada supervisión de las empresas de vigilancia y seguridad privada, que es un asunto prioritario para definir el horizonte de responsabilidad de estas frente a los sujetos que resulten afectados con ocasión de las actividades que las mismas desarrollan bajo la supervisión del Estado.

Se trata de que el licenciamiento, la inspección, la vigilancia y el control de estas empresas sean de tal rigor que el Estado con su acción mitigue los riesgos de afectación de derechos y garantice la efectiva reparación de los afectados por parte de tales empresas. Bueno hubiera sido que el texto de estudio, aparte de sugerir la celebración de tratados multilaterales sobre la regulación de estas empresas, también se hubiere pronunciado sobre modelos efectivos de control por parte del Estado.

De otra parte, al continuar con la revisión de las conclusiones del documento bajo estudio, se cita la que tiene que ver con la escogencia de personal operativo de las empresas, cuando señala que las *“Deficiencias de los sistemas de selección y comprobación de antecedentes, así como la capacitación de personal de operaciones, hacen que resulte más difícil para sus miembros alcanzar una buena comprensión e internalización de las normas y los principios jurídicos.”* No hay duda de que la historia laboral y personal intachable, resulta premisa necesaria para que un sujeto sea titular de actividades de vigilancia y prestación de seguridad; del mismo modo, la capacitación permanente de los mismos sobre todo en materia de derechos humanos.

Sin embargo, el Decreto ley 356 de 1994 es reiterativo en cuanto a las exigencias del personal destinado por las empresas a la prestación del servicio, sobre sus antecedentes, sus deberes e, incluso, sus derechos, para efectos de una adecuada supervisión.

También, se pueden verificar los alcances de los artículos 63 y siguientes del Decreto consultado por el estudio para el caso colombiano, de los cuales se infiere el imperativo de *“capacitación profesional y entrenamiento del personal que contraten para prestar los servicios de vigilancia y seguridad privada autorizados”*.

Para el caso colombiano, los autores del documento, reconocen que *“En Colombia, en los cursos de formación debe hacerse especial hincapié en el respeto de los derechos humanos. En el caso de los servicios de seguridad especiales y comunitarios, el Gobierno promoverá programas especiales de capacitación en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, junto con otros temas”*.

Finalmente, de las conclusiones bajo estudio, se destaca la que afirma lo siguiente: *“Aunque en general los Estados han establecido normas detalladas en relación con los servicios de seguridad privada, las leyes pertinentes no contienen ninguna referencia a un órgano especializado único encargado de la expedición de licencias y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, ni hay normas específicas sobre el contenido de las actividades de vigilancia e inspección”*. Sin mayores comentarios, debe señalarse que esta es una afirmación sin suficiente sustento, por lo menos frente al caso colombiano, pues la norma citada en el estudio, como lo es el Decreto ley 356 de 1994, contiene el régimen jurídico de licenciamiento, control, inspección y vigilancia, sobre la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, los cuales comprenden en Colombia, exclusivamente a las actividades taxativamente mencionadas en el artículo 4º del mismo Decreto.

Ahora bien, el documento elaborado en las condiciones que han sido referidas, es reiterativo en proponer la celebración de convenio o convenios internacionales, con objetos tan disimiles como son los siguientes:

- Métodos uniformes con respecto a la adquisición, exportación, importación, posesión y utilización de armas por parte del personal de las empresas militares y de seguridad privadas. Por lo visto, se busca:
 - › Contar con un instrumento internacional que permita imputar y hacer exigibles responsabilidades a personal de estos dos tipos de empresas, por la adquisición ilegal y tráfico de armas y por el uso ilícito de la fuerza en todas partes del mundo.
 - › Garantizar la responsabilidad de las empresas militares y de seguridad privadas, con el establecimiento universal de mecanismos de rendición de cuentas unificados y eficaces.
- Normas internacionales mínimas para regular las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas y su personal que garantice el disfrute de esos

derechos humanos fundamentales, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario.

- Concesión de licencias, autorización, selección y formación del personal de las empresas militares y de seguridad privadas contribuiría a la creación de una reglamentación común y coherente.

Nótese que el tratamiento que se hace de las empresas militares y de las empresas de vigilancia y seguridad, se hace de modo indiscriminado, sin que el estudio haya verificado minuciosamente, la regulación de las que denomina “empresas militares” y sin determinar si están o no permitidas en todos los países de la muestra considerada para el estudio.

Las dificultades de asimilación del documento se explican en que alude de manera indistinta a dos tipos de fenómenos substancialmente diferentes, que en Colombia tiene tratamiento diferente, pues la prestación vigilancia y seguridad privada, es actividad permitida, concebida como un servicio público, que requiere autorización previa y que es regulada y vigilada; mientras que las “llamadas empresas militares”, están lejos de contar esa misma connotación, bajo el postulado constitucional conforme al cual el monopolio de la fuerza es del Estado.

Finalmente, frente a los contenidos propuestos como temas de las convenciones sugeridas por el documento, debe informarse que el Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, en documento de trabajo relativo al “*Control y Regulación de las Empresas de Seguridad Privada en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo*” bien podría ser complementario del que es objeto de análisis. Se ocupa de analizar las exigencias del Proyecto de Convención de Empresas Militares y de Seguridad Privada y el ámbito de aplicación de las leyes de América Latina y el Caribe, particularmente en relación con los siguientes asuntos:

- Regulación, definición, delimitación y control de las actividades de las empresas de seguridad privada.
- Tipos de empresas o sujetos que pueden desarrollar estas actividades.
- Regulación sobre la posesión y el uso de armas de fuego por las empresas;
- Régimen efectivo de licencias para las empresas de seguridad privada.
- Armas de fuego y control de su destino.
- Prevención del uso arbitrario de la fuerza y respeto de los Derechos Humanos y el Estado de Derecho;
- Capacitación y entrenamiento sobre el uso de la fuerza y la utilización de armas de fuego.
- Rendición de cuentas de las empresas, en caso de violar la ley tanto a nivel nacional como internacional.

Materias que pueden ser objeto de cotejo frente a lo dispuesto en el Decreto ley 356 de 1994 e, incluso, al contenido de las iniciativas legislativas planteadas como reformas a dicho decreto, para verificar que varias de las medidas referidas en el citado proyecto de Convención, hoy ya son objeto de tratamiento en nuestra legislación, si se tiene en cuenta que el propósito, de llegarse a adoptar dicho instrumento internacional, es el de instar a la adopción, por parte de los Estados, de medidas legislativas, administrativas, judiciales, o de otra índole para controlar y regular las actividades de las compañías que proveen servicios de seguridad dentro de su jurisdicción.

Es por esto que la utilidad del ejercicio estriba en contar con la oportunidad de medir y evaluar la normativa colombiana, en materia de Seguridad y Vigilancia Privada, con lo que pueden llegar a convertirse en estándares internacionales concebidos desde el respeto y protección de los derechos y la supervisión especializada e intensiva del Estado sobre las empresas que se dedican a dichas actividades.

Supervigilancia
Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

REFERENCIAS

- Informe de Gestión, Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.
- Consejo de Estado. Sentencia 16 de abril de 2015. Exp. 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). C. P. Zambrano Cetina William.
- Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 2004. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, La naturaleza de las superintendencias como titulares de la función de inspección, vigilancia y control, Concepto Jurídico.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1078 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional, Sentencia C-524 de 1995, (M. P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011, (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Régimen de transición procesos sancionatorios, Concepto Jurídico.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Notificaciones a la luz de los cambios surgidos con la ley 1437 de 2011 y lineamientos jurisprudenciales de fecha, Concepto Jurídico, 24 de septiembre de 2015.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Casos de silencio administrativo del 52 CPACA, Concepto Jurídico, 27 de noviembre de 2015.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Publicidad de sanciones administrativas y su incidencia como antecedentes en la posterior actividad de los sujetos supervisados por el Estado, Concepto Jurídico.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Consultoría, Concepto Jurídico. 2015.
- Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. M. P. Gil Escobar Rodrigo.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Concepto Cooperativas; sobre la Supervisión a Organizaciones Solidarias. Concepto Jurídico, 2 de noviembre de 2015.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Circular Recaudo Blindados, Concepto Jurídico, 2 de noviembre de 2015.
- Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

- Corte Constitucional, Sentencia T-781 de 2014 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Consejo de Estado, Exp. 4464 del 26 de marzo de 1998 (M. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz).
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Circular Externa núm. 20157000000195 del 07-09-2015.
- Consejo de Estado. 24 de mayo de 2012. Rad. 25000-23-24-000-2006-00169-01. C. P. García González María Elizabeth.
- Concepto utilización de mercenarios como medio de violación de derechos humanos. Año 2015.
- Concepto Artículo 84 del Decreto Ley 356 de 1994. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año 2015.
- Concepto Blindados. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Año 2015.

Supervigilancia
Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

Supervigilancia

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada