

FUNCIONES DE INSPECCION, CONTROL Y VIGILANCIA – Definición y alcance

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.

FUENTE FORMAL: LEY 1122 DE 2007

NOTA DE RELATORIA: Sobre las funciones de inspección, control y vigilancia, ver: Corte Constitucional, Sentencias C- 851 de 2003, C-570 de 2001, C-199 de 2001 y C-782 de 2007

FUNCIONES DE INSPECCION, CONTROL Y VIGILANCIA. Son formas de intervención estatal que suelen ir acompañadas de una potestad sancionatoria, motivo por el cual la norma que asigne tales funciones debe tener rango legal

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 auto-atribuirse 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 38 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 16 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 15 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL – Funciones de control y vigilancia sobre las asociaciones campesinas. Decreto 1985 de 2013 / ORGANIZACIONES GREMIALES Y ASOCIACIONES CAMPESINAS NACIONALES – Alcance de la potestad reglamentaria del Ministerio de Agricultura en relación con el control y vigilancia de las mismas / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD – Procede por tratarse de una norma de carácter administrativo que asigna funciones de inspección, control y vigilancia que solo puede atribuir el legislador

Esta Sala considera que la simple mención que se hace en el Decreto 1985 de 2013 no es suficiente para que el Ministerio ejerza funciones de control y vigilancia de las organizaciones allí indicadas y menos aún para que desarrolle tales atribuciones a través de reglamentos o de simples actos administrativos generales carentes de cobertura legal. Lo anterior es aún más evidente en relación con la eventual consideración de que por vía infra-legal se establezcan sanciones o procedimientos sancionatorios, pues frente a esa opción operarían en contra, adicionalmente, los límites constitucionales previstos en el artículo 29 superior. Por tanto, la Sala considera que el numeral 15 del artículo 8 del Decreto 1985 de 2013 es inconstitucional, pues se trata de una disposición de carácter administrativo que asigna funciones de inspección, control y vigilancia que solamente puede atribuir el legislador (artículos 150-8, 333 y 334).

FUENTE FORMAL: LEY 89 DE 1993 – ARTICULO 5 / DECRETO 1985 DE 2013

POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance y límites / POTESTAD REGLAMENTARIA – Finalidad / POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS MINISTROS – Tiene carácter subordinado respecto a la potestad reglamentaria del Presidente de la República

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189

La finalidad de la potestad reglamentaria es la expedición de normas de carácter general orientadas a asegurar la cumplida ejecución de las leyes (artículo 189-11-C.P.). De este modo, la potestad reglamentaria está presidida por un principio de necesidad que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado así: “Pues bien, la Sala reitera que la facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se

materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos". Asimismo debe tenerse presente que la potestad de reglamentación de la ley corresponde al Presidente de la República (artículo 189-11) y que solo de manera residual otras instancias administrativas de la Rama Ejecutiva pueden expedir actos generales orientados a desarrollar las leyes y los propios reglamentos. Por tanto, como se ha señalado, la expedición por parte de los Ministerios de actos administrativos generales orientados a facilitar la ejecución de la ley es *subordinada* y solo tiene justificación cuando la materia requiere todavía un mayor nivel de especificidad no alcanzado por la ley o por el reglamento que la ha desarrollado en un primer momento. (...) El Consejo de Estado, ha recordado además que la potestad normativa de los Ministerios, por ser residual, no puede invadir los espacios propios del reglamento. Ahora bien, como quiera que nuestro sistema jurídico está basado en un principio de jerarquía normativa, tanto el reglamento presidencial como los demás actos generales de otras autoridades inferiores, deben respetar el contenido y fines de la norma superior. De este modo, unos y otros están circunscritos a garantizar su cumplida ejecución, que, como se dijo, es el fin y justificación de la potestad reglamentaria y de expedición de actos generales en todos sus niveles. (...) En síntesis, todo lo anterior determina que el reglamento y los demás actos generales que desarrollan la ley, no pueden, so pena de invalidez, exceder ni restringir su contenido.

JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO NACIONAL DEL GANADO – Límites del Ministerio de Agricultura para desarrollar la norma legal referida al nombramiento del representante de los pequeños ganaderos ante dicha junta / REPRESENTANTE DE LOS PEQUEÑOS GANADEROS ANTE JUNTA DIRECTIVA – Reglamentación de su nombramiento

Según se observa, los elementos de esta disposición legal (el numeral 9 del artículo 5º de la Ley 89 de 1993) son los siguientes: (a) en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado debe haber un representante de los pequeños ganaderos; (b) la designación de ese representante le corresponde a Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural; y (c) la escogencia se hace de las ternas que envíen las asociaciones agrarias campesinas para tales efectos. De acuerdo con lo revisado inicialmente sobre el alcance y límites de la potestad reglamentaria, se tendría entonces que: (i) La reglamentación que se expida debe estar dirigida a facilitar el cumplimiento de la ley, en este caso, la participación efectiva de los pequeños ganaderos en el Fondo Nacional del Ganado (ej.: forma de enviar las ternas, plazos, etc.); (ii) El desarrollo de la norma legal corresponderá primero al Presidente de la República y, de manera residual (en lo que el reglamento no prevea), al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; (iii) Como el contenido de la ley determina el alcance de las normas de inferior jerarquía que la desarrollan, en el caso concreto analizado la reglamentación a expedir deberá tener en cuenta y no podrá modificar los elementos normativos de la disposición analizada: (a) designación de un representante de los pequeños ganaderos, (b) por el Ministro de Agricultura, y (c) de ternas enviadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas; (iv) Las disposiciones normativas que se expidan deberán tener en cuenta los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P): igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y (v) adicionalmente, como la presencia de un representante de los

pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado, es expresión de derechos constitucionales como los de pluralidad y participación ciudadana, esos mismos derechos deben ser tenidos en cuenta para el desarrollo de la ley. En síntesis, la normatividad que se expida debe contener procedimientos de participación eficaces y transparentes, que garanticen, en condiciones de igualdad, la representación efectiva de las diversas asociaciones agrarias campesinas. Recuerda la Sala que en casos como el analizado, el derecho de participación de la población campesina es expresión de un conjunto de normas constitucionales que regulan de manera particular la vida agraria, en orden, entre otros aspectos, a mejorar la calidad de vida de las poblaciones campesinas. Por tanto, se trata de un asunto de especial relevancia constitucional que deberá ser desarrollado dentro del sistema de valores y principios que en esta materia contiene la Carta Política de 1991.

FUENTE FORMAL: LEY 89 DE 1993 – ARTICULO 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223)

Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a esta Sala sobre la posibilidad de desarrollar por acto general las funciones de control y vigilancia que se mencionan en el artículo 8-15 del Decreto 1985 de 2013, por el cual se establece la estructura de dicho organismo.

I. ANTECEDENTES

En relación con el objeto de la consulta el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural trae a colación los siguientes antecedentes:

1. El numeral 15 del artículo 8º del Decreto 1985 de 2013, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y se determinan las funciones de sus dependencias, establece que a la Oficina Asesora Jurídica de dicho ministerio le corresponde *“ejercer control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales agropecuarias y asociaciones campesinas nacionales, para lo cual el Ministerio expedirá la reglamentación respectiva para el adecuado ejercicio de control y vigilancia.”*
2. En la medida en que aparte de lo que dispone el mencionado decreto no existe ninguna norma con rango legal que le asigne al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la función de control y vigilancia sobre las *organizaciones gremiales agropecuarias y asociaciones campesinas*

nacionales, surge la duda de hasta dónde es posible que dicha función se desarrolle mediante actos generales expedidos por ese Ministerio; se pone en evidencia que según la jurisprudencia constitucional la potestad reglamentaria exige un contenido o materia legal que pueda ser desarrollada y en este caso no existe más que la alusión hecha en el referido Decreto 1985 de 2013.

3. En otro aspecto distinto, el organismo consultante indica que el artículo 5º de la Ley 89 de 1993, por la cual se crean la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y el Fondo Nacional del Ganado, se refiere a la conformación de la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado, entre cuyos miembros se encuentra un representante de los pequeños ganaderos, quien debe ser nombrado por el Ministerio de Agricultura de ternas enviadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas (numeral 9º). Sobre este aspecto se pregunta cuáles serían los límites para reglamentar la materia.

Con base en lo anterior se hacen las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el sentido y alcance de la potestad reglamentaria del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural prevista en el numeral 15 del artículo 8 del decreto 1985 de 2013, con respecto al control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales?
2. ¿Puede el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expedir la reglamentación para el ejercicio del control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales, si no existe ley que designe dicha función?
3. ¿Cuál es el límite del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para regular lo previsto en el numeral 9 del artículo 5º de la Ley 89 de 1993, con respecto al nombramiento del representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado?

II. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema

Según los antecedentes presentados por el organismo consultante, el problema principal de la consulta (preguntas 1 y 2) gira entorno a la posibilidad de que una autoridad administrativa desarrolle funciones de inspección, control y vigilancia sin una norma de rango legal que las asigne. Se pregunta entonces si para el ejercicio de tales funciones sería suficiente la mención que de ellas se hace en el decreto que determina la estructura de la entidad (que no tiene rango legal), el cual se desarrollaría a su vez mediante otros actos generales de naturaleza eminentemente administrativa.

Para responder lo anterior la Sala revisará entonces (i) la definición y alcance de las funciones de inspección, control y vigilancia; y (ii) la exigencia constitucional de que tales funciones sean asignadas por la ley. Con base en lo anterior se dará solución al asunto planteado.

Finalmente la Sala responderá la tercera pregunta de la consulta que se refiere a los límites de la potestad reglamentaria en relación con la representación de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado, según lo previsto en el numeral 9º del artículo 5º de la Ley 89 de 1993.

2. Las funciones de inspección, control y vigilancia. Definición y alcance

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 actividad¹; *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 rige²; y, finalmente, *el control* permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo³.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, que sobre el particular ha señalado:

“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.”⁴

¹ Por ejemplo la Ley 1122 de 2007 define la inspección de la siguiente manera: “La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia. Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.”

² En este sentido, por ejemplo, Ley 222 de 1995: “La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.”

³ Ver por ejemplo la Ley 1493 de 2011: “Artículo 28. *Control*. El control consiste en la atribución de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, a fin de ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, cuando así lo determine la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, mediante acto administrativo de carácter particular.”

⁴ 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

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 eficacia⁵, 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, como pasa a revisarse, 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.

3. Asignación y delimitación de las funciones de inspección, control y vigilancia. Exigencia de ley previa

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 Estado⁶, 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

y la imposición de sanciones.” (negrilla original). Ver igualmente Sentencia C-787 de 2007, entre otras.

⁵ 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 ésta 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”.

⁶ Sentencia C-851 de 2013.

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, tal como lo ha indicado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia constitucional:

“... 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 éstos "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”.⁷ (Se resalta)

Consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional no puede auto-atribuirse 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:

“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.
(...)

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.”⁸

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 jerarquía⁹.

⁷ Sentencia C-199 de 2001, reiterada en Sentencia C-782 de 2007. Ver también sentencias C-1093 de 2003 y C-489 de 1995.

⁸ Sentencia C-782 de 2007: “Por consiguiente, concluye la Sala, en primer término, que la facultad de inspección y vigilancia tiene un origen constitucional y un fundamento legal, ya que su ejercicio sólo procede de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y a partir de los parámetros y criterios generales determinados previamente por el Legislador. En segundo lugar, que cuando el Presidente de la República o el Gobierno ejercen funciones de inspección y vigilancia, en armonía con lo dispuesto por el artículo 189 Superior, lo deben hacer siempre con fundamento en la regulación legal previamente existente (...).” Reiterada en Sentencia C-570 de 2012.

⁹ Sentencia C-782 de 2007. Ver también sentencia C-692 de 2007: el ejercicio de las funciones de inspección, control y vigilancia es compartido entre el Congreso de la República (dicta las reglas para su ejercicio) y el Gobierno (quien las ejecuta). En el mismo sentido Sentencia C-805 de 2006:

La anterior afirmación se ve especialmente reforzada en lo que se refiera a la inclusión de potestades sancionatorias como parte o complemento de esas funciones de inspección, control y vigilancia, pues en esa materia (la sancionatoria), la exigencia de un contenido mínimo legal es aún mayor por razones adicionales de legalidad (ley previa y cierta) y debido proceso (artículo 29 C.P.). Al respecto, se ha indicado:

“17.- Uno de los principales límites al ejercicio de la potestad punitiva por el Estado es el principio de legalidad, en virtud del cual *‘las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa’*. Este principio implica también que la sanción debe estar predeterminada, ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta, pues las normas que consagran las faltas deben estatuir *‘también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas’*. Así, las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferirse al Gobierno o a otra autoridad administrativa una facultad abierta en esta materia.”¹⁰.

4. Análisis del caso planteado: imposibilidad de ejercer funciones de control y vigilancia sin una ley que previamente asigne esa competencia (preguntas 1 y 2)

Señala el organismo consultante que no existe una ley que le asigne al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural funciones de control y vigilancia de las organizaciones gremiales agropecuarias y las asociaciones campesinas nacionales. Dicha atribución solamente aparece mencionada de manera tangencial cuando el artículo 8º del Decreto 1985 de 2013 se refiere de la siguiente manera a las tareas de la Oficina Asesora Jurídica de ese ministerio¹¹:

Artículo 8o. Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes:

“15. Ejercer control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales agropecuarias y asociaciones campesinas nacionales, para lo cual el Ministerio expedirá la reglamentación respectiva para el adecuado ejercicio de control y vigilancia (...)”.

Según lo anotado inicialmente en este concepto, esta disposición tendría entonces dos problemas constitucionales: (i) la ausencia de un fundamento legal para el ejercicio de las funciones de control y vigilancia allí mencionadas; y (ii) el hecho de que se difiera a un acto general del Ministerio de Agricultura (ni siquiera a un reglamento como tal) la función de desarrollar el contenido y alcance de esa potestad supervisora

“Cabe destacar, de la misma manera, que la propia Constitución en el Artículo 150 numeral 8, atribuye al legislador la expedición de *‘las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la constitución’*, previsión ésta que puede llevar a la afirmación de que la inspección, la vigilancia y el control constitucionalmente atribuidos al Presidente de la República son funciones compartidas entre el Congreso de la República y el Presidente de la República. No obstante, al reparar con mayor precisión en el alcance de esa disposición constitucional, es claro que al legislador lo que corresponde es el señalamiento o adopción de las formulaciones para determinar características, medios y efectos de tales actividades más no el ejercicio mismo de ellas, el cual es asignado, con exclusividad, al Presidente de la República”.

¹⁰ Sentencia C-530 de 2003.

¹¹ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y se determinan las funciones de sus dependencias. Decreto expedido con base en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución y del artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

En esa medida, frente a las preguntas 1 y 2 de la consulta, la Sala considera que la simple mención que se hace en el Decreto 1985 de 2013 no es suficiente para que el Ministerio ejerza funciones de control y vigilancia de las organizaciones allí indicadas y menos aún para que desarrolle tales atribuciones a través de reglamentos o de simples actos administrativos generales carentes de cobertura legal. Lo anterior es aún más evidente en relación con la eventual consideración de que por vía infra-legal se establezcan sanciones o procedimientos sancionatorios, pues frente a esa opción operarían en contra, adicionalmente, los límites constitucionales previstos en el artículo 29 superior (supra, numeral 3).

Por tanto, la Sala considera que el numeral 15 del artículo 8 del Decreto 1985 de 2013 es inconstitucional, pues se trata de una disposición de carácter administrativo que asigna funciones de inspección, control y vigilancia que solamente puede atribuir el legislador (artículos 150-8, 333 y 334). En consecuencia, frente a dicho numeral debe operar la excepción de inconstitucionalidad derivada del artículo 4 Superior:

“2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”* Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.”¹²

5. Cuestión final: límites para reglamentar el numeral 9 del artículo 5º de la Ley 89 de 1993 (tercera pregunta)

5.1 Consideraciones generales sobre los límites de la potestad reglamentaria

Para resolver el interrogante que de forma general plantea el organismo consultante en su tercera pregunta -límites que tendría el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para desarrollar el numeral 9º del artículo 5 de la Ley 89 de 1993¹³-, la Sala se referirá, de manera igualmente general, al alcance y límites de la potestad reglamentaria.

En primer lugar debe recordarse que la finalidad de la potestad reglamentaria es la expedición de normas de carácter general orientadas a asegurar la cumplida ejecución de las leyes (artículo 189-11- C.P.)¹⁴. De este modo, la potestad reglamentaria está presidida por un principio de necesidad que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado así:

¹² Sentencia C-122 de 2011. Ver también Sentencia C-803 de 2006: “En lo atinente a la finalidad, la excepción de inconstitucionalidad busca preservar *la supremacía constitucional* con el coste de desvirtuar, para el caso concreto, la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico”.

¹³ “Artículo 5º. Junta Directiva. La Junta Directiva estará conformada así: (...) 9o. Un representante de los pequeños ganaderos, nombrado por el Ministro de Agricultura, de ternas presentadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas.”

¹⁴ Sala de Consulta, Concepto 2143 del 18 de junio de 2014.

“Pues bien, la Sala reitera que la facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos.”¹⁵

Asimismo debe tenerse presente que la potestad de reglamentación de la ley corresponde al Presidente de la República (artículo 189-11) y que solo de manera residual otras instancias administrativas de la Rama Ejecutiva pueden expedir actos generales orientados a desarrollar las leyes y los propios reglamentos¹⁶. Por tanto, como se ha señalado, la expedición por parte de los Ministerios de actos administrativos generales orientados a facilitar la ejecución de la ley es *subordinada* y solo tiene justificación cuando la materia requiere todavía un mayor nivel de especificidad no alcanzado por la ley o por el reglamento que la ha desarrollado en un primer momento:

“Es la prioridad, pues, de la función administrativa, resolver en el terreno práctico los cometidos fijados por las reglas del legislador, pues dada la generalidad de estas últimas es poco probable que su implementación pueda lograrse por sí misma.

No obstante, en el terreno de la aplicación de la Ley, el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo —el Presidente de la República— tiene entre sus funciones la de reglamentar la Ley (Art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse, mientras que los organismos y autoridades que en la jerarquía administrativa lo suceden asumen cierta potestad regulativa, **de carácter residual, accesorio o auxiliar**, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general.

Así, mientras el Presidente expide las pautas para el cumplimiento de la voluntad legislativa, los organismos subordinados emiten la reglamentación necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida.”¹⁷

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, que ha recordado además que la potestad normativa de los Ministerios, por ser residual, no puede invadir los espacios propios del reglamento:

“Tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en referencia al tema en cuestión, reitera esta Sala, que **la competencia de un ministro o jefe de departamento, es residual y sus atribuciones de regulación ostentan un carácter subordinado a la potestad reglamentaria del Presidente** de la República, así como atañen únicamente al ámbito de su respectiva especialidad, y en ningún caso, pueden desplazar la competencia reglamentaria del Jefe de Gobierno.”¹⁸ (Se resalta)

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 2009-00008. Ver también Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 29 de octubre de 2012, expediente 2010-00046.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1005 de 2008.

¹⁷ Sentencia C-917 de 2002, reiterada en sentencia C-300 de 2011.

¹⁸ Sección Segunda, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 2008-0063.

Ahora bien, como quiera que nuestro sistema jurídico está basado en un principio de jerarquía normativa¹⁹, tanto el reglamento presidencial como los demás actos generales de otras autoridades inferiores, deben respetar el contenido y fines de la norma superior. De este modo, unos y otros están circunscritos a garantizar su cumplida ejecución, que, como se dijo, es el fin y justificación de la potestad reglamentaria y de expedición de actos generales en todos sus niveles:

“17.4 No debe perderse de vista que, como ha dicho la Sala, la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. De lo contrario la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser desarrollo de la decisión legislativa conducente a su debida ejecución, a pretender modificar la disposición del legislador que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del representante popular, al decretar normas que únicamente a este último competen.”²⁰

En consecuencia, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de expedición de actos administrativos generales no se puede sobrepasar la ley (debe preservarse su naturaleza y elementos), así como tampoco es posible dictar una regulación que en lugar de facilitar su aplicación (de la ley), la restrinja o impida la realización de sus fines:

“Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley al caso mediante la estipulación de todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deben cumplir”²¹.

En síntesis, todo lo anterior determina que el reglamento y los demás actos generales que desarrollan la ley, no pueden, so pena de invalidez, exceder ni restringir su contenido:

“De la anterior relación se extraen algunas características: primera, la subordinación a la norma superior; segunda, su expedición es eventual, porque depende de que la materia la trate primero la norma superior; tercero, la vigencia se supedita a la existencia de la norma superior, lo que supone que ésta se desarrolla mientras rija, pero si pierde vigencia su reglamento también desaparece; finalmente, la subordinación a la norma superior origina un control de legalidad más riguroso, al tener restricciones derivadas de la jerarquía, ya que, por un lado, el reglamento no puede restringir el alcance o contenido de la norma superior, y por

¹⁹ Sentencia C-037 de 2000.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de octubre de 2012, expediente 2010-00046.

²¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 2009-00008.

otro no puede ampliar los contenidos de la norma superior, pues lo suyo es desarrollarla no crear aspectos que solo ésta puede introducir.”²²

5.2 El asunto consultado

En la parte final de la consulta y sin ningún antecedente en particular, se pregunta a la Sala cuáles serían los límites para desarrollar el numeral 9 del artículo 5º de la Ley 89 de 1993, que se refiere al nombramiento del representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado. El referido numeral dispone:

“Artículo 5º. Junta Directiva. La Junta Directiva estará conformada así: (...)

9o. Un representante de los pequeños ganaderos, nombrado por el Ministro de Agricultura, de ternas presentadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas.”

Según se observa, los elementos de esta disposición legal son los siguientes: (a) en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado debe haber un representante de los pequeños ganaderos; (b) la designación de ese representante le corresponde a Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural; y (c) la escogencia se hace de las ternas que envíen las asociaciones agrarias campesinas para tales efectos.

De acuerdo con lo revisado inicialmente sobre el alcance y límites de la potestad reglamentaria, se tendría entonces que:

- (i) La reglamentación que se expida debe estar dirigida a facilitar el cumplimiento de la ley, en este caso, la participación efectiva de los pequeños ganaderos en el Fondo Nacional del Ganado (ej.: forma de enviar las ternas, plazos, etc.);
- (ii) El desarrollo de la norma legal corresponderá primero al Presidente de la República y, de manera residual (en lo que el reglamento no prevea), al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural;
- (iii) Como el contenido de la ley determina el alcance de las normas de inferior jerarquía que la desarrollan, en el caso concreto analizado la reglamentación a expedir deberá tener en cuenta y no podrá modificar los elementos normativos de la disposición analizada: (a) designación de un representante de los pequeños ganaderos, (b) por el Ministro de Agricultura, y (c) de ternas enviadas por las Asociaciones Agrarias Campesinas;
- (iv) Las disposiciones normativas que se expidan deberán tener en cuenta los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P): igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
- (v) Adicionalmente, como la presencia de un representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado, es expresión de derechos constitucionales como los de pluralidad y participación ciudadana, esos mismos derechos deben ser tenidos en cuenta para el desarrollo de la ley.

En síntesis, la normatividad que se expida debe contener procedimientos de participación eficaces y transparentes, que garanticen, en condiciones de igualdad, la representación efectiva de las diversas asociaciones agrarias

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente 2008-00087. Ver igualmente Concepto 2143 de 2014 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

campesinas. Recuerda la Sala que en casos como el analizado, el derecho de participación de la población campesina es expresión de un conjunto de normas constitucionales que regulan de manera particular la vida agraria, en orden, entre otros aspectos, a mejorar la calidad de vida de las poblaciones campesinas²³. Por tanto, se trata de un asunto de especial relevancia constitucional que deberá ser desarrollado dentro del sistema de valores y principios que en esta materia contiene la Carta Política de 1991.

Con base en lo anterior,

(III) La Sala RESPONDE:

1. ¿Cuál es el sentido y alcance de la potestad reglamentaria del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural prevista en el numeral 15 del artículo 8 del decreto 1985 de 2013, con respecto al control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales?
2. ¿Puede el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expedir la reglamentación para el ejercicio del control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales, si no existe ley que designe dicha función?

Respecto del control y vigilancia sobre las organizaciones gremiales y asociaciones campesinas nacionales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el numeral 15 del artículo 8 del Decreto 1985 de 2013 es contrario a la Constitución Política y, por ende, debe inaplicarse en virtud de la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4 de Superior.

3. ¿Cuál es el límite del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para regular lo previsto en el numeral 9 del artículo 5º de la Ley 89 de 1993, con respecto al nombramiento del representante de los pequeños ganaderos en la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado?

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe respetar el contenido de del numeral 9º del artículo 5º de la Ley 89 de 1993 y garantizar una participación efectiva, transparente y en condiciones de igualdad de las organizaciones campesinas. Además deberá tener en cuenta la reglamentación previa del Gobierno Nacional y orientarse por los principios constitucionales que rigen la función administrativa.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

²³ Así, el artículo 64 promueve el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad y a los servicios de educación, vivienda, salud, seguridad social, crédito y asistencia técnica; el 65 señala que el Estado protegerá la producción de alimentos; y el 66 establece el deber de ofrecer sistemas especiales de crédito agrario basados en los riesgos de la actividad, los ciclos de la naturaleza y las calamidades ambientales. (ver Concepto 2233 de 2014)

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala