



POTESTAD REGLAMENTARIA – Limites / POTESTAD REGLAMENTARIA – Características

Respecto a esta potestad, se han identificado las siguientes características: i) Conlleva el ejercicio de una función administrativa. ii) Tiene como propósito precisar y detallar la ley para que de esta forma pueda ejecutarse adecuadamente. iii) Finaliza con la expedición de actos de carácter general y abstracto, los cuales, en el caso del Presidente de la República, reciben el nombre de decretos reglamentarios. iv) El acto que resulta no es una nueva ley, sino un acto complementario de esta. v) Promueve la organización y el funcionamiento de la administración. vi) Representa un mecanismo de colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo. vii) Facilita la inteligencia y entendimiento de la ley por parte de la administración y los administrados. viii) No puede ejercerse en el caso de materias que deben necesariamente regularse a través de una ley. ix) No es absoluta, en virtud de encontrarse limitada. En esta dirección, la jurisprudencia ha señalado que no es posible ejercer la potestad reglamentaria cuando se trate de una ley que incorpore disposiciones precisas y claras que no requieren de una regulación adicional para su ejecución (límite por necesidad). Asimismo se ha indicado que entre más detallada sea la norma expedida por el legislador, menor será el ámbito de acción de la administración para reglamentar la norma. En el mismo sentido, entre menos detallada sea la ley, mayor será el campo de actuación del Ejecutivo. Con todo, el límite más importante para el ejercicio de la potestad reglamentaria es su subordinación a la ley, tanto desde el punto de vista jerárquico como sustancial. En consecuencia, a través de la potestad reglamentaria no es posible ampliar, restringir, modificar o contrariar la norma promulgada por el legislador (límite por competencia), así como tampoco limitar o impedir la realización de los fines perseguidos por esta. Por ende, en el ejercicio de su función reglamentaria, el Ejecutivo no puede adicionar nuevas disposiciones

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11

PUBLICIDAD OFICIAL – Concepto

Aunque ni el artículo 10º de la Ley 1474 de 2011 ni el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 definen expresamente el término publicidad estatal, si evidencian que el Estado desarrolla diferentes actividades de divulgación, que no en todos los casos corresponden a publicidad oficial. Dentro de este marco, bajo una interpretación sistemática de las señaladas disposiciones, la jurisprudencia y la doctrina, es posible concluir que las actividades de divulgación que adelantan los entes estatales para comunicarse con los ciudadanos pueden dividirse en: i) publicidad oficial y ii) publicidad legal-administrativa. La publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. Por lo tanto, son publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer. Este concepto es acorde con las necesidades de la administración pública moderna, que exige de los entes

públicos el adelantamiento de acciones tendientes a visibilizar su existencia y su actividad ante la ciudadanía. Lo anterior, teniendo en cuenta que la promoción de los órganos estatales contribuye a que estos: i) sean conocidos por los ciudadanos, ii) sean percibidos como instituciones confiables y competentes, iii) atraigan personas expertas, idóneas y motivadas, iv) fortalezcan su legitimidad y v) mejoren sus ingresos. Adicionalmente, la publicidad, no solo hace posible que las personas conozcan los servicios, programas y resultados de los entes públicos, sino que además facilita el control ciudadano sobre el actuar de la administración.

FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 / DECRETO 4326 DE 2011

PUBLICIDAD OFICIAL – Usos

El concepto de publicidad oficial no es unívoco y se entiende según el contexto en el que se vaya a emplear. Así, por ejemplo, la publicidad oficial se ha utilizado para: a) Informar a los ciudadanos sobre: i) sus derechos y obligaciones, ii) los trámites, procedimientos y plazos de la administración, iii) la existencia, integración y funciones de las entidades públicas, iv) los servicios que estas prestan, y v) las actividades, proyectos y resultados de los organismos estatales. Se considera que en estos casos la publicidad cumple una finalidad informativa. b) La consecución de clientes y la apertura de mercados para el país, los entes territoriales, o las empresas públicas. En este evento la publicidad oficial tiene una finalidad estrictamente comercial. c) Sensibilizar a los ciudadanos a través de la promoción de conductas o hábitos de convivencia, bienestar social, salud pública, etc. Se trata por tanto de publicidad con una finalidad social o pedagógica. De esta manera, por medio de la publicidad oficial la Administración impulsa sus políticas, fomenta valores, ofrece servicios, se comunica con los ciudadanos e informa a estos sobre aspectos y asuntos de interés general.

FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 / DECRETO 4326 DE 2011

PUBLICIDAD LEGAL ADMINISTRATIVA

La publicidad legal-administrativa hace referencia a las actividades de divulgación dirigidas a informar la ejecución de las funciones netamente administrativas y operativas del ente público, que obligatoriamente deben ser puestas en conocimiento de una o más personas, como serían, por ejemplo, la difusión de los procedimientos administrativos para que el ciudadano pueda enterarse de cómo proceder ante la administración y de las decisiones que se tomen producto de consultas, derechos de petición o de otras actuaciones necesarias para su operación. De esta suerte, la publicidad legal-administrativa tiene como objetivo materializar las funciones asignadas a la entidad por la ley y enterar al ciudadano de la actividad y actuaciones administrativas y operativas propiamente dichas desplegadas en el ente público. Es a través de esta forma como se cumple el principio de publicidad consagrado en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011. Es en este sentido como deben entenderse las situaciones descritas por el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, especialmente cuando se refiere a aquellas actividades de divulgación que “promuevan o faciliten el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia”.

FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 / DECRETO 4326 DE 2011

ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS – Obligación de transferir un porcentaje de los recursos de sus presupuestos anuales a Inravisión, hoy RTVC

El párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 establece la obligación para los organismos descentralizados de transferir un porcentaje de los recursos de sus presupuestos publicitarios anuales a Inravisión, hoy RTVC, y a las organizaciones regionales de televisión. (...) Es importante destacar que el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 estableció una nueva destinación para los recursos derivados del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues determinó que estos debían dirigirse a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público. (...) Finalmente, las sociedades de economía mixta sometidas a la transferencia del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 son únicamente aquellas que pertenecen al orden nacional y el Estado es titular del 90% o más de su capital social, en virtud de lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. En suma, de acuerdo con el precedente de la Sala, los sujetos obligados a realizar la transferencia de recursos a la RTVC son las entidades nacionales señaladas en el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, en el caso de las sociedades de economía mixta, solamente lo serán las asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo establece el artículo 1º del Decreto 1982 de 1974. (...) Finalmente, es importante destacar que no es el adelantamiento de actividades comerciales propiamente dichas lo que determina para el órgano público la calidad de sujeto obligado a realizar la transferencia establecida en el párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, sino el carácter de organismo descentralizado, determinado en los términos del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, y además, se reitera, el que se trate de actividades dirigidas a promocionar a la entidad y que no correspondan a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 14 DE 1991 – ARTICULO 21 / LEY 182 DE 1995 – ARTICULO 62

PUBLICIDAD OFICIAL / ACTIVIDADES DE DIVULGACIÓN DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS – No todas hacen parte del presupuesto publicitario de la entidad y por ende no generan obligación de transferencia a la RTVC

Tal como se señaló, la publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. De esta forma, corresponden a publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer. Ahora bien, es importante señalar que las actividades de divulgación que realizan los órganos estatales corresponden en principio o por regla general a publicidad oficial. Por lo tanto, la determinación de una actividad de divulgación como publicidad legal-administrativa debe hacerse de forma excepcional o restrictiva, lo que significa que únicamente puede calificarse como publicidad de este tipo la actividad que responda de forma clara y precisa a alguno de los casos señalados en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, disposición reproducida en el artículo 2.8.4.5.2. del Decreto Único 1068 de 2015. En este sentido, aún el literal d) de dicho artículo debe ser interpretado en forma restrictiva, y de ninguna manera admite una hermenéutica laxa. 3) En virtud de la

clasificación de las actividades de divulgación en publicidad oficial y publicidad legal-administrativa, es claro que no todas las actividades de divulgación del organismo público hacen parte del presupuesto publicitario, y por tanto no todas ellas pueden tomarse en cuenta para liquidar el porcentaje a transferir a la RTVC y a las organizaciones regionales de televisión. Así, el presupuesto publicitario al que se refiere el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es el conformado por las partidas que los correspondientes sujetos obligados por la norma destinan anualmente a la publicidad oficial.

FOGAFIN – Publicidad / FOGAFIN – No está obligada a transferir un porcentaje de los recursos de su presupuesto anual a Inravisión, hoy RTVC

A juicio de la Sala Fogafín no está obligada a realizar la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues a pesar de que se trata de un establecimiento público, categoría que se encuentra enlistada dentro de los organismos descentralizados del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, de acuerdo con el Decreto 1596 de 2016 no se le aplican las normas de las entidades del sector público del orden nacional.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 38 NUMERAL 2 / DECRETO 1596 DE 2016

FINDETER Y BANCOLDEX S.A. – Publicidad / FINDETER Y BANCOLDEX S.A. – No están obligadas a transferir un porcentaje de los recursos de su presupuesto anual a Inravisión, hoy RTVC

El artículo 1º del Decreto 4167 de 2011 determina la naturaleza jurídica de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. (Findeter) indicando que corresponde a una sociedad de economía mixta del orden nacional de tipo anónima. Su capital es público y la Nación tiene una participación mayor al 90%. El artículo 6º del mismo decreto determina lo referente al régimen jurídico que le resulta aplicable a la entidad. Así, dispone la norma: “Régimen legal. El régimen de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter) es el de derecho privado; en todo caso, se someterá al régimen propio de las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado, independientemente de la participación del capital público en su patrimonio”. Como puede observarse, Findeter se encuentra sometido al derecho privado y al régimen que corresponde a las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado. De otra parte, el Banco de Comercio Exterior – Bancoldex S.A., fue creado a través del artículo 21 de la Ley 7ª de 1991. De acuerdo con el artículo 279 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 58 de la Ley 795 de 2003, esta entidad es una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, vinculada al Ministerio de Comercio Exterior. Su capital se encuentra dividido de la siguiente manera: i) un 91.9% pertenece al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ii) un 7.9% corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y iii) un 0.2 % a otros accionistas. En lo que respecta al régimen que le resulta aplicable al Banco, el referido artículo 279 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero determina que este será el relativo al de las sociedades de economía mixta no asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado, sin importar la participación del capital estatal en su patrimonio. Asimismo, se establece que el Banco se regirá por la Ley 7 de 1991, el Decreto 2505 de 1991, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las normas relativas a las sociedades de economía mixta, el Código de Comercio, las demás normas

complementarias y concordantes, y sus estatutos. De acuerdo con lo anterior, se advierte que tanto a Findeter como a Bancoldex S.A., a pesar de que su capital pertenece en más de un 90% al Estado, le es aplicable el régimen de las sociedades de economía mixta no asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado. Por lo tanto, estima la Sala que Findeter y Bancoldex S.A. no están obligadas a realizar la transferencia establecida en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues al no estar sometidas por disposición legal al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, a la luz del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974, y para los efectos de la referida obligación, no se consideran entidades descentralizadas.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1982 DE 1974

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00220-00(2318)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca de la aplicabilidad del Decreto 4326 de 2011, reglamentario del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, con el propósito de establecer las entidades obligadas a efectuar la transferencia ordenada por el artículo 21 de la Ley 14 de 1991. Asimismo, se busca determinar el alcance del concepto de publicidad oficial dentro del contexto de estas normativas.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 estableció que un porcentaje de los presupuestos publicitarios anuales de los organismos descentralizados debe dirigirse al canal de interés público operado por Inravisión (hoy RTVC), a la radiodifusión oficial y a los programas culturales de las organizaciones regionales.

2. El Consejo de Estado, a través de un concepto del 25 de septiembre de 2003, señaló que los “presupuestos publicitarios” de los organismos descentralizados eran todas aquellas partidas que aparezcan apropiadas para gastos de publicidad; entendida aquella como las actividades realizadas con fines comerciales. Por lo tanto, bajo esta definición, serían pocas las entidades descentralizadas que podrían considerarse obligadas, pues la mayoría de las entidades públicas carecen del fin comercial establecido en el referido concepto.

3. En el año 2011 se promulgó la Ley 1474, Estatuto Anticorrupción, de cuyo artículo 10º se puede entender la publicidad como “la divulgación de los programas y políticas que realicen las entidades públicas, que implique utilización de dineros del Estado, que busquen el cumplimiento de la finalidad de la respectiva entidad”¹.

4. El Decreto 4326 de 2011 reglamentó el artículo 10º de la Ley 1474 de 2011. Según el órgano consultante, del artículo 2º del Decreto se desprende que no se puede entender por publicidad aquella que “realicen las entidades públicas con la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia”. En virtud de lo anterior, considera:

“[E]ntendiendo que las entidades públicas sólo pueden actuar dentro del marco de su competencia, establecida claramente en la norma de creación de la misma, sólo podemos concluir que todas las entidades ejecutarán publicidad con la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la ley en relación con los asuntos de su competencia.

Así por ejemplo, el ICBF tiene dentro de su competencia la protección de la infancia, entonces, si con el fin de cumplir con esta función emite carteles que promuevan el respeto a los derechos del menor, según lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1474 de 2011, esto es catalogado como publicidad pues guarda estrecha relación con la finalidad de la respectiva entidad”.

5. Para el Ministerio, el Ejecutivo estableció una limitante no incorporada en la ley, pues:

“[L]as leyes procedentes señalan a las entidades la competencia directa respecto a sus funciones como exigencia para divulgar e informar, permitiendo así la publicidad y el giro del 7% a la RTVC, en tanto que el decreto termina diciendo que lo que las entidades promuevan o divulguen, que sea de ley y de su competencia, no es publicidad, en perjuicio del giro de ese 7% que autoriza la ley”².

De esta forma se presenta un vaciamiento de la ley producto del decreto que lo reglamenta.

6. En consecuencia señala el órgano consultante que, si con fundamento en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 ninguna de las actividades que realicen las entidades públicas sobre los asuntos de su competencia puede calificarse como publicidad, es necesario definir qué se entiende por esta bajo la Ley 1474 de 2011 y el artículo 21 de la Ley 14 de 1991.

7. Asimismo, se requiere determinar cuáles serían las entidades obligadas a realizar la transferencia, toda vez que existen casos como los de Fogafín, Findeter y Bancoldex S.A. en los que esta no se realiza a la RTVC, bajo el argumento de que no deben hacerlo, pues se trata de entidades de orden financiero con naturaleza única y régimen jurídico privado, lo que las excluye de la clasificación establecida en la Ley 489 de 1998.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio del Interior formula las siguientes **PREGUNTAS:**

¹ Texto de la consulta, p. 6.

² Texto de la consulta, p.10.

1. *A partir de la normatividad antes descrita, resulta importante definir qué debe entenderse por publicidad pública y su alcance para efectos de la aplicación a la RTVC.*
2. *¿El Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015, que restringe o determina qué no constituye publicidad pública, estaría generando que las entidades que financian el canal cultural del sistema de medios públicos se abstengan de girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991?*
3. *¿Cuáles serían las variables o fuentes reales de publicidad y los conceptos sobre los cuales una entidad descentralizada debería girar los dineros a la RTVC?*
4. *De no estar las entidades obligadas a girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991, por cuanto el decreto lo restringe, ¿cuál sería entonces la fuente de financiación del canal cultural y educativo de la RTVC?*
5. *¿Es factible deducir que el decreto fue más allá de lo establecido en la ley, perjudicando la finalidad de la misma, afectando la cultura y la educación ciudadana propia del sistema de medios públicos, dada la naturaleza de la RTVC, a tal punto que debe ser objeto de derogatoria, demanda de nulidad o simplemente de inaplicabilidad, por excepción de inconstitucionalidad?*
6. *¿Cuáles serían las actividades distintas a las de la ley, propias de las entidades descentralizadas, que constituirían publicidad oficial a la luz del Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015?*
7. *¿Sólo están obligadas a realizar la contribución las entidades que ejercen actividad comercial?*
8. *¿Corresponden a FOGAFIN, FINDETER y BANCOLDEX S.A., como entidades descentralizadas, realizar los aportes o transferencia de que trata la Ley 14 de 1991? En caso negativo, ¿cuál sería el fundamento que los exime de dicha obligación?*

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las distintas preguntas objeto de la consulta, la Sala se referirá en primera instancia a: i) la potestad reglamentaria, ii) la publicidad oficial y iii) el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991.

a. La potestad reglamentaria

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política consagra la potestad reglamentaria en los siguientes términos:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11 . Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Esta potestad ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como:

“[L]a facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance.”³

Respecto a esta potestad, se han identificado las siguientes características⁴:

- i) Conlleva el ejercicio de una función administrativa⁵.
- ii) Tiene como propósito precisar y detallar la ley para que de esta forma pueda ejecutarse adecuadamente⁶.
- iii) Finaliza con la expedición de actos de carácter general y abstracto⁷, los cuales, en el caso del Presidente de la República, reciben el nombre de decretos reglamentarios.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. “La potestad reglamentaria es la facultad constitucional atribuida de manera permanente a algunas autoridades para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales se desarrollan las reglas y principios en ella fijados. Su propósito es señalar aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten la debida aplicación de la ley, sin que en ningún caso pueden modificarla, ampliarla o restringirla en cuanto a su contenido material o alcance”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00095-00(1280-09), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

⁵ “El numeral 11 del artículo 189 C.P. atribuye la potestad reglamentaria al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, por lo que su ejercicio corresponde al cumplimiento de una función administrativa que se sujeta, por definición, a la observancia de normas superiores como son la Constitución Política y la ley”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).

⁶ “Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. “El propósito único de la potestad reglamentaria, tal como lo ha precisado esta Sección, es posibilitar la debida ejecución de las leyes (incluyendo dentro de ellas las normas que tienen fuerza de ley), mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos concretos que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución. Al hacer uso de esa potestad el Ejecutivo tiene como finalidad hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.

⁷ “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”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). “Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación”. Corte Constitucional. Sentencia del 1 de agosto de 2001, C-805-01.

iv) El acto que resulta no es una nueva ley, sino un acto complementario de esta⁸.

v) Promueve la organización y el funcionamiento de la administración⁹.

vi) Representa un mecanismo de colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo¹⁰.

vii) Facilita la inteligencia y entendimiento de la ley por parte de la administración y los administrados¹¹.

viii) No puede ejercerse en el caso de materias que deben necesariamente regularse a través de una ley¹².

ix) No es absoluta, en virtud de encontrarse limitada. En esta dirección, la jurisprudencia ha señalado que no es posible ejercer la potestad reglamentaria cuando se trate de una ley que incorpore disposiciones precisas y claras que no requieren de una regulación adicional para su ejecución (límite por necesidad)¹³.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 2013. Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00284-00.

⁹ “Como señala la doctrina, la razones políticas que fundamentan el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden resumirse en dos: i) la necesidad de asegurar la organización y funcionamiento del aparato administrativo y ii) el aumento de aquellos sectores en los que el Estado puede intervenir, limitando derechos o actividades de los particulares para garantizar condiciones de bienestar e interés colectivo, con la presencia constante de autoridades administrativas mediante el reconocimiento legal de competencias. Entonces, se trata de normas de ejecución, ya que hacen más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

¹⁰ “[E]l ejercicio de la potestad reglamentaria permite dictar normas sobre aspectos procedimentales o sustanciales más puntuales (sin que se materialicen o concreten en actos administrativos particulares), que generalmente la ley no definió. Se trata de una especie de colaboración que ejerce el ejecutivo para completar la función del poder legislativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

¹¹ “La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido reiterativa en el sentido de señalar que el objeto de la potestad reglamentaria consiste en la expedición de normas de carácter general destinadas a lograr la correcta ejecución, cumplimiento y efectividad de la ley para así volverla activa y plenamente operante, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares al especificar su significado para el logro de los fines del Estado y de la función administrativa”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-000120-00(2213).

¹² “De acuerdo con lo anterior esta la facultad reglamentaria en comento, tiene límites derivados de: a) la propia ley, a saber del grado de desarrollo legislativo, pues “es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa”, y b) del constituyente el cual por motivos de reserva legal ha dispuesto que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa, garantía que impide que sea por medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00060-00(2174-12).

¹³ “Así mismo, la Sala ha identificado dos criterios que contribuyen a determinar los límites y alcance del poder reglamentario, como son: el de competencia y el de necesidad, los cuales han sido entendidos así: Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa: Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Fija así la norma básica los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad. Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley, tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o

Asimismo se ha indicado que entre más detallada sea la norma expedida por el legislador, menor será el ámbito de acción de la administración para reglamentar la norma. En el mismo sentido, entre menos detallada sea la ley, mayor será el campo de actuación del Ejecutivo¹⁴.

Con todo, el límite más importante para el ejercicio de la potestad reglamentaria es su subordinación a la ley¹⁵, tanto desde el punto de vista jerárquico¹⁶ como

extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293)A.

¹⁴ "La potestad otorgada al Ejecutivo encuentra su límite en la forma en que el Congreso ejerza su poder de producción normativa, de suerte que a más detalle legislativo menor competencia ejecutiva para reglamentar y, contrario sensu, a menor ejercicio legislativo mayor amplitud reglamentaria". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A. "El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar y su extensión dependerá de la forma así como del detalle con que la Ley reguló los temas correspondientes. Es decir, que el ejercicio de esta potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos: si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00. "Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles. (...) Como se desprende de lo expuesto, la función administrativa que al Presidente de la República corresponde en ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede en ningún caso exceder la norma que se reglamenta, ni crear, modificar o derogar normas de rango legal, pues ello trasformaría al Presidente de la República en legislador, con desconocimiento de la separación de funciones que corresponde a las distintas ramas del poder". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2007-000630-00(1299-07). "La Jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República de conformidad con el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, se ejerce mediante normas jurídicas que desde el punto de vista formal y material se encuentran subordinadas a la Ley, de tal manera que no pueden derogar, modificar, ampliar o restringir su alcance, porque ello no sería reglamentar sino legislar". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00.

¹⁵ "La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00018-00.

¹⁶ "[E]l reglamento, como expresión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, es un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley. La sumisión jerárquica del reglamento a la ley en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda el reglamento suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos. Por este motivo, si el reglamento supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador, compromete su validez y por tanto deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 C.P.

En similares términos se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C- 037 de 2000, cuando dijo que "los actos administrativos de contenido normativo deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la

sustancial. En consecuencia, a través de la potestad reglamentaria no es posible ampliar, restringir, modificar o contrariar la norma promulgada por el legislador (límite por competencia)¹⁷, así como tampoco limitar o impedir la realización de los fines perseguidos por esta¹⁸. Por ende, en el ejercicio de su función reglamentaria, el Ejecutivo no puede adicionar nuevas disposiciones:

“De lo expuesto pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado, se encuentra un criterio de competencia y, del otro, un criterio de necesidad. El primero se refiere al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de manera que le está prohibido, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo”¹⁹.

b. Sobre la publicidad oficial

En términos generales la publicidad es un mecanismo para promover o dar a conocer un producto o servicio²⁰, o para persuadir o influir la conducta del público²¹.

Así por ejemplo, en la Resolución 4878 de 2012 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, al modificar el párrafo 1º del artículo 1º de la Resolución 3092 del 8 de mayo de 2012, se definió la publicidad en los siguientes términos:

*“Entiéndase por publicidad, para los efectos de esta resolución, la **difusión de mensajes publicitarios** relacionados con un servicio o producto, que a través de programas publicitarios, avisos comerciales, afiches, vallas, plegables y logotipos, sean puestos en conocimiento del público con fines de divulgación, información,*

acción administrativa al imperio de la ley””. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-000193-00(2143).

¹⁷ “[E]l límite de la facultad reglamentaria se encuentra en la ley objeto de desarrollo, de modo que el Presidente de la República no puede contrariar el sentido de la norma reglamentada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1º de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00102-00(1700-06).

¹⁸ “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”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223).

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

²⁰ “Una de las herramientas más importantes y eficientes con la que cuentan los empresarios para dar a conocer sus productos y, por ende, para competir en el mercado, es sin duda alguna la publicidad (...) la publicidad busca vender un producto y/o generar valor, recordación, y aprecio para una marca (...)”. Jorge Jaeckel Kovács, Publicidad engañosa, en Perspectivas del Derecho del Consumo (Carmen Ligia Valderrama Rojas (dir.)). Universidad Externado de Colombia. 2013, pp. 271-273. “La publicidad es el medio a través del cual por excelencia los comerciantes ofrecen a millones de consumidores sus productos o servicios en la sociedad de consumo actual. La publicidad comercial hoy en día tiene gran importancia en la vida económica de los ciudadanos, ya que por intermedio de esta el consumidor toma decisiones económicas relativas a la satisfacción de sus necesidades y deseos”. Juan Carlos Villalba Cuellar, La publicidad engañosa en el Derecho del Consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al Estatuto de protección al consumidor colombiano, en Derecho del consumo. Problemáticas actuales (José Manuel Gual Acosta y Juan Carlos Villalba Cuéllar (dirs.)). Universidad Santo Tomás y Grupo Editorial Ibañez. 2013, p. 42.

²¹ Así por ejemplo, el artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, define la publicidad como: “Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”.

capacitación o similares, a través de su entrega y/o exposición directa o a través de cualquier medio de comunicación, ya sea prensa, radio o televisión, entre otros.”²²

En el caso de la publicidad de bebidas alcohólicas, el Acuerdo 1 de 2006 expedido por la Comisión Nacional de Televisión se refirió al concepto de publicidad como:

*“[T]oda comunicación emitida por encargo dentro de un programa de televisión, cuyo objetivo es dar a conocer las características, cualidades y atributos de un producto, nombre, marca, servicio, concepto o ideología, **con el fin de generar presencia, recordación o aceptación, y de persuadir o influir en los hábitos o gustos del televidente.***

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 1109 de 2006²³ señaló:

*“[P]or “publicidad y promoción del tabaco” se entiende toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de **promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco**”.*

Ahora bien, en el caso de la administración pública, la publicidad, aunque puede entenderse como un principio que guía la actividad de las autoridades²⁴ o un instrumento para el buen gobierno²⁵, constituye principalmente una herramienta de comunicación con los ciudadanos. Lo anterior puede observarse en los siguientes ejemplos:

El parágrafo 1º del artículo 5º de la Resolución 193 del 14 de marzo de 2012 de la Universidad de Caldas establece:

²² En términos similares la Superintendencia de Servicios Públicos definió la publicidad así: “Para tales efectos entiéndase por publicidad en general toda difusión de programas publicitarios, avisos comerciales, afiches, plegables, logotipos; todos ellos con fines de publicidad, de información, de capacitación o similares, que sean puestos en conocimiento público a través de la expresión “Vigilado Superservicios”, también deberá ser anotada en cada una de las facturas que les sean entregadas a los suscriptores o usuarios, en desarrollo del contrato de servicios públicos”. Resolución SSPD - 20131300030865 de 2013. Por su parte, la Superintendencia de Salud definió la publicidad en la Circular Externa 47 de 2007 así: “Para tales efectos, entiéndase por publicidad en general, toda difusión de mensajes publicitarios, avisos comerciales, afiches, plegables, logotipos, todos ellos con fines de publicidad, de información, de capacitación o similares, que sean puestos en conocimiento público a través de cualquier medio masivo de comunicación, ya sea prensa, radio o televisión, entre otros”.

²³ “Por medio de la cual se aprueba el “Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”, hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003)”.

²⁴ “9. En virtud del principio de publicidad, 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”. Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

²⁵ “En las sociedades contemporáneas se aprecia que uno de los fines propios de la comunicación pública en un Estado constitucional democrático es el fomento de la participación, lo que nos conduce al papel de las políticas informativas en un Estado cada vez más comunicativo. La realidad del Estado comunicativo se vincula con las nuevas concepciones de la cooperación, negociación y participación ciudadanas, que justifican las teorías sobre el consenso y la progresiva falta de formalismo e imperatividad de las actuaciones públicas en el Estado moderno. (...) Por tanto, la publicidad estatal ha podido definirse como instrumento para el buen gobierno administrativo. La publicidad ha seducido a las instituciones públicas que pasan a gestionar los asuntos políticos con ese sello de eficacia que le proporcionan las técnicas del sector privado. La publicidad estatal se considera un instrumento eficaz para la simplificación del lenguaje administrativo, por oposición a su burocratización”. Consejo de Derechos Humanos. 23º período de sesiones. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. 22 de marzo de 2013.

“Entiéndase por publicidad oficial toda actividad de divulgación que tenga como propósito dar a conocer al público en general los servicios y actividades misionales de la Universidad de Caldas”.

En el artículo 3º del Proyecto de Ley No. 147 de 2016 de la Cámara de Representantes, por medio del cual se buscaba regular la publicidad estatal, esta fue definida como:

*“[C]ualquier forma de comunicación y divulgación de información dirigida al público en general, a través de diferentes medios de comunicación, tales como, pero sin limitarse, televisión, radio, prensa, medios electrónicos, medios impresos y/o audiovisuales, vallas, pancartas, insertos, anuncios, eventos, redes sociales y patrocinios; que sean contratados o gestionados por las entidades estatales **para dar a conocer sus productos, servicios, planes, programas, proyectos, campañas, convocatorias, y demás actividades** propias de su naturaleza y misión.”²⁶*

En el campo internacional también es posible identificar distintas definiciones sobre publicidad oficial, las cuales varían en su extensión y profundidad. Así, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la precisa de la siguiente manera:

*“Esos marcos legales deben definir a la publicidad oficial de manera sencilla y abarcadora, por ejemplo, estableciendo que es publicidad estatal **toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte**”²⁷.*

Por su parte, en Argentina la Resolución 247 – E/2016 de la Secretaría de Comunicación Pública señaló:

*“Se considera publicidad oficial a toda forma de comunicación, anuncio o campaña institucional, de carácter oneroso, gratuito o cedido por imperio legal, efectuada a través de cualquier medio de comunicación, por los organismos enumerados en el artículo 8º de la ley 24.156, el Banco de la Nación Argentina y sus empresas vinculadas, **para difundir acciones o informaciones de interés público**”.*

En el caso del Perú, la publicidad oficial fue concebida por la Ley 28774 como:

*“[A]quella que tiene por finalidad **promover conductas de relevancia social**, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras, así como la difusión de la ejecución de **los planes y programas** a cargo de las entidades y dependencias”.*

De lo anterior se advierte que en sentido amplio la publicidad oficial constituye un mecanismo de comunicación que utiliza la administración para que los ciudadanos²⁸ conozcan sus servicios, planes y programas o cualquier otra

²⁶ Gaceta del Congreso No. 772 del 16 de septiembre de 2016.

²⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. 2012, p. 19.

²⁸ “La Administración Pública tiene entre sus objetivos comunicarse con sus ciudadanos. Informa sobre aspectos jurídicos, administrativos, sociales y de interés general. La publicidad institucional es una herramienta más para favorecer esta comunicación”. Esther Martínez Pastor, Publicidad Institucional de las Administraciones Públicas: marco jurídico y controversias. Revista Comunicación y Hombre. Número 8. 2012, p. 51. Igualmente, se ha indicado: “Los Estados deben utilizar la pauta o publicidad oficial para comunicarse con la población e informar a través de los medios de comunicación social sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y garantizar el derecho a la información y el

actividad relacionada con su naturaleza y funciones. De esta manera, por medio de la publicidad la administración socializa y educa a la ciudadanía o informa a esta sobre asuntos de interés público²⁹. En este sentido, la Corte Constitucional indicó:

*“[S]i bien el concepto de publicidad institucional puede tener un alcance mucho más amplio, para efectos del presente análisis habrá de describirse como un recurso de uso frecuente por las entidades públicas para el **impulso de políticas, el fomento de valores, la información del ciudadano sobre sus derechos y obligaciones, e inclusive para el ofrecimiento de servicios** inherentes al ejercicio de sus funciones, entre otros fines”³⁰.*

En lo transcrito y destacado en negrillas pueden advertirse distintas aproximaciones sobre el concepto de “publicidad oficial”, una voz que, entonces, resulta polisémica: Definiciones circulares que usan, para definir la publicidad, el mismo concepto que pretenden definir (**la difusión de mensajes publicitarios**). Definiciones que apuntan más a la publicidad como se la entiende en el mundo de los negocios (**con el fin de generar presencia, recordación o aceptación, y de persuadir o influir en los hábitos o gustos; promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco**). Definiciones ex profeso amplias (**propósito dar a conocer al público en general los servicios y actividades misionales; para dar a conocer sus productos, servicios, planes, programas, proyectos, campañas, convocatorias, y demás actividades; toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos; para difundir acciones o informaciones de interés público promover conductas de relevancia social... {y} los planes y programas; impulso de políticas, el fomento de valores, la información del ciudadano sobre sus derechos y obligaciones, e inclusive para el ofrecimiento de servicios**). En las definiciones revisadas poco ayudan las alusiones al carácter público del gasto correspondiente, el cual solo es útil para explicar el sentido del adjetivo calificativo “oficial”, pero deja en el aire el concepto sustantivo que interesa, vale decir el de publicidad.

En suma, como puede advertirse de los diferentes actos administrativos, jurisprudencia, proyectos y leyes nacionales e internacionales, el concepto de publicidad oficial no es unívoco y se entiende según el contexto en el que se vaya a emplear. Así, por ejemplo, la publicidad oficial se ha utilizado para:

a) Informar a los ciudadanos sobre: i) sus derechos y obligaciones, ii) los trámites, procedimientos y plazos de la administración, iii) la existencia, integración y funciones de las entidades públicas, iv) los servicios que estas prestan, y v) las actividades, proyectos y resultados de los organismos estatales. Se considera que en estos casos la publicidad cumple una finalidad informativa.

ejercicio de los derechos de los beneficiarios de las mismas o de la comunidad. Se debe tratar de información de interés público que tenga por objeto satisfacer los fines legítimos del Estado y no debe utilizarse con fines discriminatorios, para violar los derechos humanos de los ciudadanos, o con fines electorales o partidarios”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ob. cit., p. 20.

²⁹ “El propósito de la publicidad oficial, en teoría, es informar sobre asuntos de interés público, lo cual incluye temas ligados a la salud, a la educación, a la seguridad, a la realización de elecciones, por ejemplo”. Martín Becerra. Quid Pro Quo. La publicidad oficial en la Argentina y sus múltiples facetas. Poder ciudadano. 2011, p. 2.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 20 de agosto de 2003, T-222/03.

b) La consecución de clientes y la apertura de mercados para el país, los entes territoriales, o las empresas públicas. En este evento la publicidad oficial tiene una finalidad estrictamente comercial.

c) Sensibilizar a los ciudadanos a través de la promoción de conductas o hábitos de convivencia, bienestar social, salud pública, etc. Se trata por tanto de publicidad con una finalidad social³¹ o pedagógica³².

De esta manera, por medio de la publicidad oficial la Administración impulsa sus políticas, fomenta valores, ofrece servicios, se comunica con los ciudadanos e informa a estos sobre aspectos y asuntos de interés general³³.

Ahora bien, para la determinación de una definición de publicidad oficial es necesario tomar en consideración, además de lo anterior, lo señalado por esta Sala en el año 2003, así como lo dispuesto por los artículos 10º de la Ley 1474 de 2011 y 2º del Decreto 4326 de 2011.

Así, en concepto del 25 de septiembre de 2003 la Sala de Consulta y Servicio Civil se refirió al concepto de publicidad oficial en los siguientes términos:

“[D]ado que no existe una definición legal de “publicidad”, ni de “presupuesto publicitario”, se acude a las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, XXI edición, 1992, así: “Publicidad (...) 2.- Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos. 3.- Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”. “Publicitario.- (...) Perteneciente o relativo a la publicidad utilizada con fines comerciales”.

En este orden de ideas, puede concluirse que los “presupuestos publicitarios” de los organismos descentralizados son todas las partidas que aparezcan apropiadas para gastos de publicidad; es decir, la que se realiza por la entidad con fines comerciales. Y como ese gasto puede aparecer en varios capítulos, no interesa que esté incluido en los “gastos generales” o en los “gastos de comercialización y

³¹ A su vez, dentro de la anterior y de acuerdo con Cortés (2011), las administraciones públicas (estatales, autonómicas o locales) hacen cuatro tipos de publicidad: – Institucional informativa, que se limita a: informar sobre trámites y plazos con la administración y aportar directrices a los ciudadanos sobre cómo actuar; informar sobre la existencia, la composición y funcionamiento de las instituciones públicas; e informar a los ciudadanos sobre sus derechos y obligaciones legales (por ejemplo *Hacienda somos todos*); difundir las actividades, los proyectos ejecutados, los resultados obtenidos, en relación con los servicios prestados por cada administración pública. – Institucional comercial, que es aquella que bajo una lógica mercantilista, busca clientes y mercados para el país, comunidad autónoma o municipio que es gobernado por una administración concreta. Ejemplos de este tipo de campañas serían las de loterías, ferias, eventos, turismo y promoción nacional, regional o local. – Electoral, que se lleva a cabo en las campañas electorales, cumpliendo unos espacios y unos tiempos determinados, repartidos por la *Junta Electoral*. – Con fines sociales, que busca la sensibilización de los ciudadanos, fomentando conductas o hábitos para la convivencia, el bienestar social, la salud pública (tabaquismo, sida, maltrato, etc.). Jesús Bermejo-Berros, Estrategias de comunicación en las administraciones públicas a través de la publicidad impresa”. El profesional de la información. Vol. 20. No. 4. 2011, pp. 400-401.

³² “Así mismo esta publicidad puede ser i) informativa y/o ii) pedagógica. La primera muestra la gestión que se realiza en las entidades estatales, y la segunda, informa a la ciudadanía cómo acceder a programas, planes, bienes y servicios.” Proyecto de Ley 147 de 2016 Cámara. Gaceta del Congreso No. 772 del 16 de septiembre de 2016.

³³ Corte Constitucional. Sentencia del 20 de agosto de 2003, T-222/03. “El propósito de la publicidad oficial, en teoría, es informar sobre asuntos de interés público, lo cual incluye temas ligados a la salud, a la educación, a la seguridad, a la realización de elecciones, por ejemplo”. Martín Becerra. Quid Pro Quo. La publicidad oficial en la Argentina y sus múltiples facetas. Poder ciudadano. 2011, p. 2.

producción” o en cualquier otra denominación que se utilice en la nomenclatura presupuestal. Lo fundamental es la naturaleza del gasto.”³⁴

Por su parte, el artículo 10º del Estatuto anticorrupción, disposición que buscó controlar los gastos de las entidades públicas en materia de publicidad³⁵, establece:

“PRESUPUESTO DE PUBLICIDAD. Los recursos que destinen las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial, en la divulgación de los programas y políticas que realicen, a través de publicidad oficial o de cualquier otro medio o mecanismo similar que implique utilización de dineros del Estado, deben buscar el cumplimiento de la finalidad de la respectiva entidad y garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. En esta publicidad oficial se procurará la mayor limitación, entre otros, en cuanto a contenido, extensión, tamaño y medios de comunicación, de manera tal que se logre la mayor austeridad en el gasto y la reducción real de costos.

Los contratos que se celebren para la realización de las actividades descritas en el inciso anterior, deben obedecer a criterios preestablecidos de efectividad, transparencia y objetividad.

Se prohíbe el uso de publicidad oficial, o de cualquier otro mecanismo de divulgación de programas y políticas oficiales, para la promoción de servidores públicos, partidos políticos o candidatos, o que hagan uso de su voz, imagen, nombre, símbolo, logo o cualquier otro elemento identificable que pudiese inducir a confusión.

En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no esté relacionada en forma directa con las funciones que legalmente debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo o con policromías³⁶.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo derogado por el artículo 50 de la Ley 1551 de 2012>

PARÁGRAFO 2o. Lo previsto en este artículo no se aplicará a las Sociedades de Economía Mixta ni a las empresas industriales y comerciales del Estado que compitan con el sector público o privado o cuando existan motivos de interés público en salud. Pero en todo caso su ejecución deberá someterse a los postulados de planeación, relación costo beneficio, presupuesto previo y razonabilidad del gasto.

PARÁGRAFO 3o. Las entidades del orden nacional y territorial a que se refiere esta disposición están obligadas a publicar periódicamente en su página de Internet toda la información relativa al presupuesto, planificación y gastos en las actividades descritas en el inciso primero de este artículo”.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2003. Radicación número: 1525.

³⁵ “Presupuesto de publicidad. Lo que se busca con el artículo anterior es que los gastos destinados para publicidad de las entidades públicas no se excedan”. Gaceta del Congreso 1002 del 1º de Diciembre de 2010. “[H]ay otro artículo sobre el presupuesto de publicidad, qué se quiere con este nuevo artículo, lo que se busca es que los gastos destinados a publicidad de parte de las entidades públicas no se incrementen o no haya un gasto exagerado previo por ejemplo, a las diferentes elecciones, entonces siempre se mantendrá un gasto límite para las diferentes entidades”. Gaceta del Congreso del 11 de febrero de 2011.

³⁶ Debe señalarse que el inciso 4º del artículo 10º había sido modificado por el artículo 232 del Decreto 19 de 2012, disposición que establecía: Modifíquese el inciso 4 del artículo 10 de la Ley 1474, el cual quedará así: “En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no esté relacionada con las funciones que legalmente debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo”. Sin embargo, el artículo 232 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-261 del 2016.

La norma anterior debe complementarse con lo dispuesto por el Decreto 4326 de 2011, cuyos artículos 1º y 2º fueron reproducidos respectivamente por los artículos 2.8.4.5.1.³⁷ y 2.8.4.5.2.³⁸ del Decreto Único 1068 de 2015.

Así, la primera de las citadas normas establece:

“Actividades de divulgación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1474 de 2011, las entidades públicas podrán adelantar directa o indirectamente, actividades de divulgación de sus programas y políticas, para dar cumplimiento a la finalidad de la respectiva entidad en un marco de austeridad en el gasto y reducción real de costos, acorde con los criterios de efectividad, transparencia y objetividad”.

En lo que respecta al artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, esta disposición estableció un conjunto de elementos que no se consideran actividades de divulgación. De esta forma señaló:

“Actividades no comprendidas. No se consideran actividades de divulgación de programas y políticas, ni publicidad oficial, aquellas que realicen las entidades públicas con la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia, la satisfacción del derecho a la información de los ciudadanos o el ejercicio de sus derechos, o aquellas que tiendan simplemente a brindar una información útil a la ciudadanía, como pueden ser entre otras:

- a) Las originadas en actividades o situaciones de riesgo, cuya difusión tiende a prevenir o disminuir la consumación de daños a la ciudadanía;*
- b) Las notificaciones, comunicaciones o publicaciones legalmente dispuestas;*
- c) La comunicación o publicación de los instrumentos y demás documentos que deba realizar, de acuerdo con el ordenamiento jurídico;*
- d) La información de orden legal que sea de interés general para la ciudadanía”.*

Aunque ni el artículo 10º de la Ley 1474 de 2011 ni el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 definen expresamente el término publicidad estatal, si evidencian que el Estado desarrolla diferentes actividades de divulgación, que no en todos los casos corresponden a publicidad oficial.

Dentro de este marco, bajo una interpretación sistemática de las señaladas disposiciones, la jurisprudencia y la doctrina, es posible concluir que las actividades de divulgación que adelantan los entes estatales para comunicarse

³⁷ “De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1474 de 2011, las entidades públicas podrán adelantar directa o indirectamente, actividades de divulgación de sus programas y políticas, para dar cumplimiento a la finalidad de la respectiva entidad en un marco de austeridad en el gasto y reducción real de costos, acorde con los criterios de efectividad, transparencia y objetividad”.

³⁸ “No se consideran actividades de divulgación de programas y políticas, ni publicidad oficial, aquellas que realicen las entidades públicas con la finalidad de promover o facilitar el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia, la satisfacción del derecho a la información de los ciudadanos o el ejercicio de sus derechos, o aquellas que tiendan simplemente a brindar una información útil a la ciudadanía, como pueden ser entre otras: a) Las originadas en actividades o situaciones de riesgo, cuya difusión tiende a prevenir o disminuir la consumación de daños a la ciudadanía; b) Las notificaciones, comunicaciones o publicaciones legalmente dispuestas; c) La comunicación o publicación de los instrumentos y demás documentos que deba realizar, de acuerdo con el ordenamiento jurídico; d) La información de orden legal que sea de interés general para la ciudadanía”.

con los ciudadanos pueden dividirse en: i) publicidad oficial y ii) publicidad legal-administrativa.

La publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. Por lo tanto, son publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer.

Este concepto es acorde con las necesidades de la administración pública moderna, que exige de los entes públicos el adelantamiento de acciones tendientes a visibilizar su existencia y su actividad ante la ciudadanía³⁹. Lo anterior, teniendo en cuenta que la promoción de los órganos estatales contribuye a que estos: i) sean conocidos por los ciudadanos, ii) sean percibidos como instituciones confiables y competentes, iii) atraigan personas expertas, idóneas y motivadas⁴⁰, iv) fortalezcan su legitimidad⁴¹ y v) mejoren sus ingresos⁴².

³⁹ Así por ejemplo, dentro de la nueva administración pública se ha desarrollado el concepto de marca pública, frente al cual la doctrina ha indicado: "The public brand is a relative newcomer to the public sphere. It is an expression of public marketing and an outcome of New Public Management (NPM). It is a lever that allows public organizations to get across their identity, assert their legitimacy and provide markers for the evaluation of their actions, but little research has been conducted into what it actually covers". (...) The public brand must create the trust necessary for the smooth operation of the institutions (Delgado-Ballester and Munuera-Aleman, 2005) and contribute to their transparency and visibility. It expresses a strategic intent (Urde, 1997) and an organizational intent (Urde, 1994). It is a strategic resource (Melin, 1997), a management tool for the organization (Urde, 1999) built on core values (Urde, 2003). (...) The public brand can be defined as 'an instrument with a managerial and communication dimension intended to give visibility to the organization, to carry its values, to support the transformation of the organization's link to the user and to facilitate internal mobilization and external rallying'". [La marca pública es un término relativamente reciente en la esfera pública. Es una expresión de marketing público y resultado de la Nueva Administración Pública (NAP). Es una palanca que permite a las organizaciones públicas explicar su identidad, reivindicar su legitimidad y proveer marcadores para la evaluación de sus acciones (...) La marca pública debe crear la confianza necesaria para la tranquila operación de las instituciones (Delgado-Ballester and Munuera-Aleman, 2005) y contribuir a su transparencia y visibilidad (...) La marca pública puede ser definida como un instrumento con una dimensión administrativa y de comunicación que busca dar visibilidad a la organización, transmitir sus valores, apoyar la transformación del vínculo de la organización con el usuario y facilitar la movilización interna y la mejora externa]. (traducción libre de la Sala). Corinne Rochette. The public brand between new practices and public values. International Review of Administrative Sciences. 2015, Vol. 81(2), pp. 326-328. "As a governance strategy, branding is a strategy for communication and image building among target groups. The ultimate goal is to build a brand that enables communication with citizens, facilitates a trusting relationship with citizens, and influences behavior such as voting (political branding) or visits to a city (city branding) in a desired direction". [Como estrategia de gobierno, el *branding* es una estrategia para la comunicación y la construcción de imagen entre grupos objetivo. La meta final es construir una marca que permita la comunicación con los ciudadanos, facilitar una relación de confianza con los ciudadanos e influir el comportamiento como el voto (*branding* político) o las visitas a una ciudad (*branding* de ciudad) en un dirección deseada]. (traducción libre de la Sala). René Karens, Jasper Eshuis, Erik-Hans Klijn, Joris Voets. The Impact of Public Branding: An Experimental Study on the Effects of Branding Policy on Citizen Trust. Public Administration Review. Vol. 76, No. 3, 2015, pp. 485-486.

⁴⁰ "In light of this, it is essential that a government agency be well known, liked and considered trustworthy and competent. If not, the agency runs the risk of having difficulty recruiting the necessary competence. Since the competition for talent is tough in today's labour market, it is important that the public sector be perceived as an attractive employer compared to the private sector. Successfully attracting knowledgeable and motivated personnel is a matter of survival for the public sector. Nowadays, the importance of a strong employer brand is considered essential for keeping competent personnel and attracting new employees". [A la luz de esto, es esencial que un ente gubernamental sea bien conocido, querido y considerado confiable y competente. Si no, la

Adicionalmente, la publicidad, no solo hace posible que las personas conozcan los servicios, programas y resultados de los entes públicos, sino que además facilita el control ciudadano sobre el actuar de la administración.

El concepto de publicidad oficial aquí planteado se encuentra en consonancia con lo señalado por la Sala en el año 2003, si se entiende lo comercial no en un sentido restringido, es decir, relativo a actividades comerciales o lucrativas, sino desde una perspectiva más amplia, esto es, como promoción institucional.

El segundo tipo de publicidad que se deriva de lo dispuesto por la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 4326 de 2011 es el que la Sala denomina publicidad legal-administrativa⁴³, que hace referencia a las actividades de divulgación dirigidas a informar la ejecución de las funciones netamente administrativas y operativas del ente público, que obligatoriamente deben ser puestas en conocimiento de una o más personas, como serían, por ejemplo, la difusión de los procedimientos administrativos para que el ciudadano pueda enterarse de cómo proceder ante la administración y de las decisiones que se tomen producto de consultas, derechos de petición o de otras actuaciones necesarias para su operación.

De esta suerte, la publicidad legal-administrativa tiene como objetivo materializar las funciones asignadas a la entidad por la ley y enterar al ciudadano de la actividad y actuaciones administrativas y operativas propiamente dichas desplegadas en el ente público. Es a través de esta forma como se cumple el principio de publicidad consagrado en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011⁴⁴.

agencia corre el riesgo de tener dificultades para reclutar la idoneidad necesaria. Debido a que la competencia por talento es ardua en el mercado laboral actual, es importante que el sector público sea percibido como un empleador atractivo comparado con el sector privado. El éxito en atraer personal experto y motivado es un asunto de supervivencia para el sector público. Actualmente, la importancia de un marca fuerte de empleador es considerado esencial para mantener personal competente y atraer nuevos empleados]. (traducción libre de la Sala). Johan Gromark y Frans Melin, From market orientation to brand orientation in the public sector. *Journal of Marketing Management*, 2013. Vol. 29, Nos. 9–10, p. 1112.

⁴¹ “Most government agencies already work intuitively to increase awareness and acceptance of their organisation’s operations, conscious of the fact that their existence may ride on their legitimacy”. [La mayoría de los entes públicos ya trabajan intuitivamente para incrementar el conocimiento y aceptación de sus operaciones, conscientes del hecho de que su existencia puede depender de su legitimidad]. (traducción libre de la Sala). *Ibidem*, p. 1113.

⁴² “For competitive service providers, greater revenue generation is the primary reason for developing a strong brand”. [Para proveedores de servicios competitivos, la generación de mayores ingresos es la razón principal para desarrollar una marca fuerte]. (traducción libre de la Sala). *Ibidem*, p. 1114.

⁴³ Tratándose de la divulgación de la actividad administrativa propiamente dicha, la doctrina extranjera la clasifica en comunicación informativa y comunicación jurídica formal o administrativa, dependiendo del asunto divulgado: “La comunicación jurídica formal o administrativa se refiere a la información que debe ser notificada a los interesados de forma individual o colectiva porque afecta a sus derechos o intereses. En otras palabras, dan cumplimiento de un requisito exigido por ley para la validez o eficacia de lo comunicado. Un ejemplo de estas comunicaciones son las publicaciones de normas, actos administrativos o resoluciones judiciales (Salerno, 2003). De igual modo, todo ciudadano que esté interesado en obtener información general sobre la Administración Pública tiene derecho a que la administración le ofrezca esta información sobre un procedimiento o sobre actos o disposiciones que le afecten individualmente (García Inda, 2002). La comunicación informativa es aquella que tiene como propósito hacer saber a los ciudadanos el funcionamiento, la gestión o los procedimientos de servicios públicos en aras del principio de transparencia entre la Administración y el ciudadano, sin tener la intención de persuadirlo, como por ejemplo, la información de interés general que es ajena a la administración como la meteorología, el turismo o los espectáculos (Tornos & Galán, 2000)”. Esther Martínez Pastor, Estado de la cuestión de la Publicidad Institucional en España (2006-2012). *Poliantea*, Vol. 11. No. 21. 2015, pp. 109-110.

⁴⁴ “9. En virtud del principio de publicidad, 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

Es en este sentido como deben entenderse las situaciones descritas por el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, especialmente cuando se refiere a aquellas actividades de divulgación que *“promuevan o faciliten el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia”*.

Finalmente, es importante destacar que la publicidad oficial se encuentra íntimamente ligada con la libertad de expresión, pues a través de ella dicha libertad puede restringirse o violentarse. En esa perspectiva específica es fácil entender el que se use una definición amplísima: *“toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos”*. Al respecto de los riesgos de restricciones indebidas en este dominio, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en el año 2010:

“Existen distintas formas de afectar ilegítimamente la libertad de expresión, desde el extremo de su supresión radical mediante actos de censura previa hasta mecanismos menos evidentes, más sutiles y sofisticados. El artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere, específicamente, a estos mecanismos indirectos que tienden a “impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En efecto, dicho artículo establece:

“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”⁴⁵.

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”. Ley 1437 de 2011, artículo 3º.

⁴⁵ UNESCO, Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: Situación regional en América Latina y el Caribe. UNESCO, 2014, p. 15. El texto aludido extiende sus consideraciones en los siguientes términos: 2. Los mecanismos indirectos de restricción se ocultan detrás de acciones aparentemente legítimas que, sin embargo, son adelantadas con el propósito de condicionar el ejercicio de la libertad de expresión de los individuos. Cuando eso sucede, se configura una violación del artículo 13.3 de la Convención. Como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte Interamericana” o “Corte”), resulta violatorio de la libertad de expresión “todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención”. 3. Los mecanismos de censura “indirecta” prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención Americana fueron objeto de atención por parte de distintos órganos del sistema interamericano. Interpretando el artículo 13.3 citado, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”), establece en su principio 5 que “[l]a censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. Y en su principio 13 indica que “la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar, o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atentan contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”. (...) La distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial fue uno de los primeros mecanismos de censura indirecta abordados por el sistema interamericano. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual 2003 dedicó un capítulo especial a estudiar el fenómeno y concluyó que “la obstrucción indirecta a través de la publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión”. (...) En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines

c. El párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991

El párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 establece la obligación para los organismos descentralizados de transferir un porcentaje de los recursos de sus presupuestos publicitarios anuales a Inravisión, hoy RTVC, y a las organizaciones regionales de televisión:

“El diez por ciento (10%) de los presupuestos publicitarios anuales de los organismos descentralizados se destinará, para los fines del presente artículo, distribuidos en la siguiente forma: el siete por ciento (7%) para el auspicio, colaboración o patrocinio de la cadena tres o canal cultural de Inravisión, y el tres por ciento (3%) para distribuirlo equitativamente entre las organizaciones regionales de televisión con destino a su programación cultural. Para efectos del presente artículo se entiende por organismos descentralizados los definidos en el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1982 de 1974 o normas que lo reformen o adicionen. Estos organismos deberán dar estricto cumplimiento a lo aquí dispuesto en la ejecución de sus presupuestos publicitarios”.

En el año 2003, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló respecto al referido artículo:

“La obligación aquí analizada consiste en que i) los organismos descentralizados a que hace referencia la norma, ii) deben destinar el 10% de sus presupuestos publicitarios anuales, así: iii) para INRAVISIÓN, un 7% orientado a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales públicos, y iv) para las organizaciones regionales de televisión, un 3%, con destino exclusivo a sus programas culturales.

Finalizando el análisis y para resolver el interrogante sobre la naturaleza de la obligación bajo estudio, se observa que en realidad, lo que el párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 ordena o crea, es una transferencia de recursos presupuestales de unas entidades descentralizadas, a favor de otros entes estatales. En efecto, lo que allí se indica es que los organismos descentralizados deben destinar el 10% de sus presupuestos publicitarios anuales para Inravisión y para las organizaciones regionales de televisión; es decir, que por la simple voluntad del legislador debe trasladarse ese porcentaje a las mencionadas instituciones para los fines que el mismo legislador señaló, lo cual es jurídicamente viable y no tiene connotación tributaria alguna. Como se sabe, la transferencia es una figura del derecho presupuestal y la hacienda pública, que aparece tanto en la Constitución Nacional como en la ley orgánica de presupuesto y en las leyes anuales de apropiaciones. Ella está definida en las disposiciones generales del presupuesto, como aquellos “recursos que transfieren los órganos a entidades nacionales o internacionales, públicas o privadas, con fundamento en un mandato legal”⁴⁶.

Es importante destacar que el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 estableció una nueva destinación para los recursos derivados del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues determinó que estos debían dirigirse a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público⁴⁷.

discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa”. UNESCO, Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: Situación regional en América Latina y el Caribe. UNESCO, 2014, p. 15.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2003. Radicación número: 1525.

⁴⁷ “Los ingresos percibidos por Inravisión de conformidad con el artículo 21 de la Ley 14 de 1991, se destinarán a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público”.

En lo que respecta a los sujetos obligados a cumplir con la obligación del párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, la Sala ya se ha pronunciado. Así, en el año 2002 estableció:

“El decreto legislativo 1982 de 1974, sobre normas de gasto público en los organismos descentralizados, precisó las entidades que conforman dichos organismos así:

Artículo primero. Cuando en el presente decreto se utilice la expresión “organismos descentralizados”, ella se refiere a los establecimientos públicos, a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de economía mixta. A estas últimas, cuando, conforme a las disposiciones vigentes, están sujetas al régimen previsto para las empresas”.

En consecuencia, corresponde a los establecimientos públicos, a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de economía mixta con régimen de empresas (capital igual o superior al noventa por ciento, según el párrafo del artículo 97 de la ley 489 de 14998) (sic), destinar el diez por ciento de sus presupuestos publicitarios anuales a los fines consagrados en el párrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991”⁴⁸.

Por su parte, en el año 2003 indicó:

*“Si bien inicialmente el párrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991, al momento de establecer la obligación de destinar el 10 % de los presupuestos publicitarios, se refiere en general a los “organismos descentralizados” como entidades destinatarias de tal disposición, posteriormente precisa que **“para los efectos del presente artículo se entiende por organismos descentralizados los definidos en el artículo 1° del decreto legislativo 1982 de 1974 o normas que lo reformen o adicionen”**, determinando así el alcance de la preceptiva, mediante el empleo del instrumento legislativo de la remisión. De este modo, corresponde entonces, revisar el contenido de dicho decreto para integrar el régimen normativo aplicable.*

*En efecto, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las atribuciones que el artículo 122 de la Constitución Política anterior confería al Presidente de la República, bajo el estado de emergencia económica, expidió el decreto legislativo 1982 de 1974, “Por el cual se dictan normas sobre gasto público en los **organismos descentralizados del orden nacional**”, (destaca la Sala). El epígrafe de la norma, como se observa, define y ubica dentro de la estructura de la rama ejecutiva, con especificidad suficiente, el conjunto de entidades administrativas a las cuales va dirigida esa normativa y permite, prima facie (sic), conceptuar que los organismos descentralizados del orden territorial no están obligados a realizar la transferencia de recursos presupuestales señalada en el párrafo bajo examen. La razón es que el legislador excepcional los excluyó tácitamente de su ámbito de aplicación, al señalar que esta regulación sobre el gasto público se dirige a los “organismos descentralizados del orden nacional” y no a otros.*

Es bueno advertir adicionalmente que si bien, conforme al párrafo del artículo 2° de la ley 489 de 1998, las disposiciones legales correspondientes a las

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de diciembre de 2002. Radicación número: 1460. En la misma decisión la Sala indicó: “Por ello, la sala considera que la norma objeto de análisis ha de interpretarse en el sentido de que la transferencia del diez por ciento, a que ella alude, es sobre el presupuesto ejecutado y no sobre el aprobado. De ahí que en la misma disposición el legislador haya precisado “Estos organismos deberán dar estricto cumplimiento a lo aquí dispuesto en la ejecución de sus presupuestos publicitarios”. (Negrillas de la Sala)

Como la ejecución del presupuesto se hace con base en la disponibilidad respectiva, la transferencia debe efectuarse periódicamente a medida que se afecten las partidas de publicidad correspondientes”.

características y régimen de las entidades descentralizadas se aplican, en lo pertinente, a las entidades descentralizadas territoriales, ello no es suficiente para extender los alcances de la norma especial contenida en el decreto legislativo 1982 de 1974, pues es claro que ella está restringida a los organismos del orden nacional.

Establecido lo anterior, se analiza ahora cuáles son esos organismos descentralizados del orden nacional.

El artículo 1° del mencionado decreto legislativo 1982 de 1974, estatuye:

“Cuando en el presente decreto se utilice la expresión “organismos descentralizados”, ella se refiere a los establecimientos públicos, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. A estas últimas cuando, conforme a las disposiciones vigentes, estén sujetas al régimen previsto para las empresas.”

Esta disposición está en perfecta consonancia con las definiciones legales de la reforma administrativa de 1968, en especial de los decretos extraordinarios 1050 y 3130 de aquel año. Es así como el artículo 1° del decreto 3130 estableció:

ARTÍCULO 1°.- “De las entidades descentralizadas. Los institutos y empresas oficiales a que se refiere la ley 65 de 1967 son, conforme al decreto extraordinario 1050 de 1968, de tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta. Las expresiones instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, empleadas para designar personas jurídicas del orden nacional, equivalen, igualmente, a esas tres categorías jurídicas, las cuales se designarán con el nombre genérico de “entidades descentralizadas”.

Sobre este punto, observa la Sala que los decretos 1050 y 3130 de 1968, así como el 130 de 1976, que contenían la estructura de la rama ejecutiva, fueron derogados expresamente por el artículo 121 de la ley 489 de 1998. A partir de la vigencia de esa ley, la tipología de los organismos descentralizados se modificó para dar cabida a nuevos entes de naturalezas jurídicas desconocidas para el derecho administrativo contenido en la reforma de 1.968. Es así como en la estructura actual de la rama ejecutiva ya no son descentralizados solamente los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, figuras que mantuvo la nueva estructura, sino todos los que aparecen relacionados en el artículo 38.2 de la citada ley 489.

Debe entenderse entonces, que la ley 489 de 1998, al regular **de manera integral** la organización estructural de la administración pública y concretamente, al ampliar la clasificación de las entidades descentralizadas, **adicionó el artículo 1° del decreto legislativo 1982 de 1974, con las nuevas entidades**, toda vez que el párrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991, estatuye que “...se entiende por organismos descentralizados los definidos en el artículo 1° del decreto legislativo 1982 de 1974 o normas que lo reformen o adicionen”.

En conclusión, las tres clases de entidades descentralizadas señaladas por el artículo 1° del nombrado decreto legislativo, que en este punto seguía la regulación vigente del decreto ley 3130 de 1968, **fueron complementadas por la ley 489 de 1998, que al derogar éste, simultáneamente las reincorporó a la estructura y estableció unas nuevas, con la misma calificación legal, las cuales hacen parte, en consecuencia, del campo de aplicación de la transferencia en mención.**

Por último, se precisa que **las sociedades de economía mixta obligadas a hacer la transferencia son solamente aquellas del orden nacional en que el Estado posea el 90% o más de su capital social, de acuerdo con el artículo 1° del**

decreto 1982 de 1974 y el parágrafo 1º del artículo 38 de la ley 489 de 1998
(subrayado y negrilla fuera del texto)⁴⁹.

Del concepto anterior puede resumirse lo siguiente:

- i) El Decreto Legislativo 1982 de 1974 regula el gasto público de los organismos descentralizados del orden nacional; por lo tanto no se encuentran dentro del ámbito del parágrafo estudiado los correspondientes al orden territorial.
- ii) La Ley 489 de 1998, al regular de manera integral la estructura de la administración pública, adicionó el artículo 1º del Decreto Legislativo 1982 de 1974.
- iii) Los organismos descentralizados del orden nacional que están sometidos a la obligación del artículo 10º son aquellos enlistados en el artículo 38.2 de la Ley 489 de 1998⁵⁰, la cual establece:

“La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;*
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;*
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;*
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;*
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;*
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;*
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”.*

- iv) Finalmente, las sociedades de economía mixta sometidas a la transferencia del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 son únicamente aquellas que pertenecen al orden nacional y el Estado es titular del 90% o más de su capital social, en virtud de lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1982 de 1974⁵¹ y el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁵².

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2003. Radicación número: 1525.

⁵⁰ “Los organismos descentralizados del orden territorial, no están obligados a realizar la transferencia prevista en el parágrafo del artículo 21 de la ley 14 de 1991. Los obligados a ello son los organismos del orden nacional que aparecen en el artículo 38.2 de la ley 489 de 1998, sector descentralizado por servicios”. Ibídem.

⁵¹ “Cuando en el presente Decreto se utilice la expresión "organismos descentralizados", ella se refiere a los establecimientos públicos, a las empresas industriales o comerciales del Estado y las

En suma, de acuerdo con el precedente de la Sala, los sujetos obligados a realizar la transferencia de recursos a la RTVC son las entidades nacionales señaladas en el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, en el caso de las sociedades de economía mixta, solamente lo serán las asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo establece el artículo 1º del Decreto 1982 de 1974.

Encuentra la Sala razonable que respecto a las sociedades de economía mixta, únicamente estén obligadas a realizar la correspondiente transferencia a la RTVC y a las organizaciones regionales de televisión aquellas que sean asimilables a una empresa industrial y comercial del Estado, toda vez que esa fue la intención del legislador al momento de establecer la obligación.

En efecto, la Ley 14 de 1991 señaló expresamente que los sujetos obligados serían los organismos descentralizados establecidos en el Decreto Legislativo 1982 de 1974, norma que consideró que una sociedad de economía mixta era un organismo descentralizado solamente cuando, conforme a las disposiciones vigentes, se encontrara sujeta al régimen previsto para las referidas empresas; es decir, el espíritu de la ley era dejar por fuera a aquellas sociedades que no cumplieran con esa regla.

En línea con lo anterior, si la obligación del párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 se impusiera sin distinguir entre sociedades de economía mixta asimilables a las empresas industriales y comerciales del Estado y las que no lo son, en principio toda sociedad de economía mixta quedaría obligada a realizar la transferencia, a pesar de que la intención del legislador fue limitar la obligación a aquellas sociedades en las que el capital estatal fuera superior al 90%.

Circunscribir la obligación del párrafo 1º del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 a las sociedades de economía mixta que se asimilen a una empresa industrial y comercial del Estado es coherente y válido, pues se trata de una transferencia de recursos públicos que deben realizar los organismos descentralizados en favor del ente estatal (RTVC), para beneficio de la televisión pública, servicio que principalmente debe ser financiado por el Estado.

Finalmente, es importante destacar que no es el adelantamiento de actividades comerciales propiamente dichas lo que determina para el órgano público la calidad de sujeto obligado a realizar la transferencia establecida en el párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, sino el carácter de organismo descentralizado, determinado en los términos del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, y además, se reitera, el que se trate de actividades dirigidas a promocionar a la entidad y que no correspondan a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011.

d. El caso concreto

Frente a la publicidad oficial y la obligación del párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es posible señalar lo siguiente:

sociedades de economía mixta. A estas últimas, cuando, conforme a las disposiciones vigentes, están sujetas al régimen previsto para las empresas”.

⁵² “Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado”.

1) La transferencia ordenada por el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es una de las fuentes de ingresos con las que cuenta la RTVC, tal como lo constituyen también, entre otros⁵³, los recursos provenientes del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) establecido por el artículo 16 de la Ley 1507 de 2012⁵⁴.

2) Tal como se señaló, la publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. De esta forma, corresponden a publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer.

Ahora bien, es importante señalar que las actividades de divulgación que realizan los órganos estatales corresponden en principio o por regla general a publicidad oficial. Por lo tanto, la determinación de una actividad de divulgación como publicidad legal-administrativa debe hacerse de forma excepcional o restrictiva, lo que significa que únicamente puede calificarse como publicidad de este tipo la actividad que responda de forma clara y precisa a alguno de los casos señalados en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, disposición reproducida en el artículo 2.8.4.5.2. del Decreto Único 1068 de 2015. En este sentido, aún el literal d) de dicho artículo⁵⁵ debe ser interpretado en forma restrictiva, y de ninguna manera admite una hermenéutica laxa.

3) En virtud de la clasificación de las actividades de divulgación en publicidad oficial y publicidad legal-administrativa, es claro que no todas las actividades de divulgación del organismo público hacen parte del presupuesto publicitario, y por tanto no todas ellas pueden tomarse en cuenta para liquidar el porcentaje a transferir a la RTVC y a las organizaciones regionales de televisión. Así, el presupuesto publicitario al que se refiere el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es el

⁵³ “Créase el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos como una cuenta especial a cargo de la ANTV.

El objeto del Fondo es el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, la financiación de programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro además de financiar el funcionamiento de la ANTV”.

⁵⁴ “RTVC tiene por fuentes de financiación transferencias de la ANTV para el funcionamiento y para la operación que incluyen la administración, operación y mantenimiento de la Red pública de Televisión, el segmento satelital y la programación del canal Señal Colombia educativo y cultural. También se reciben transferencias de la ANTV para proyectos de inversión para el canal Señal Institucional, para cubrir las necesidades de comunicación de la Presidencia de la Republica, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Defensa Nacional, y el Congreso de la Republica. Asimismo, se reciben aportes o transferencias del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-FONTIC, destinados a la producción y programación de la radio pública nacional a través de las emisoras Señal Radio Colombia y Señal Radiónica y para el fortalecimiento de la red de radio. Otra fuente de ingresos con destinación específica son los aportes ordenados por la Ley 14 de 1991, provenientes de las entidades públicas descentralizadas, equivalentes al 7% de los presupuestos de publicidad ejecutados en la vigencia anterior, los cuales deben ser utilizados en la programación del canal Señal Colombia Educativa y Cultural. RTVC a su vez genera recursos propios por la venta de sus servicios, de producción y emisión de programación de televisión a las diferentes entidades del Estado, servicios de alojamiento en la red pública de Radio y Televisión, alquiler de estudios de TV, coproducciones y eventos”. RTVC. Informe de Gestión 2015, pp. 68-69.

⁵⁵ “d) La información de orden legal que sea de interés general para la ciudadanía”.

conformado por las partidas que los correspondientes sujetos obligados por la norma destinan anualmente a la publicidad oficial.

4) No es de recibo para la Sala la inquietud de que el Decreto 4326 de 2011 fue más allá de lo contenido en la Ley 1474 de 2011, pues en primer lugar, el artículo 1º reproduce lo dispuesto por los incisos 1º y 2º del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, y en segundo lugar, lo que se buscó a través del Decreto fue clarificar y delimitar lo que debe entenderse por publicidad oficial, aspecto que no fue objeto de definición por parte de la Ley 1474 de 2011 y que resulta fundamental para su correcta aplicación.

5) Aunque a la luz de los artículos 10º de la Ley 1474 de 2011 y 2º del Decreto 4326 de 2011 la publicidad oficial involucra a las entidades públicas y a las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial, la obligación consagrada en el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 se encuentra a cargo de los organismos descentralizados definidos en los artículos 1º del Decreto Legislativo 1982 de 1974 y 38.2 de la Ley 489 de 1998.

Bajo esta consideración, corresponde a la Sala establecer si Fogafín, Findeter y Bancoldex S.A están obligadas a realizar la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, asunto que se pasa a analizar a continuación.

a) Fogafín

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafín – fue creado a través de la Ley 117 de 1985⁵⁶. De acuerdo con lo establecido por el artículo 316 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 1596 de 2016⁵⁷, su naturaleza jurídica corresponde al de una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única⁵⁸.

Con todo, esta Corporación ha sostenido que Fogafín, en consideración a sus características, es un establecimiento público:

“1. Naturaleza jurídica del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

a) En el proyecto original presentado por el Ejecutivo al Congreso se propuso la constitución del Fondo como una sociedad por acciones, de naturaleza única, regido por las normas de la ley que la crea y por las pertinentes del derecho privado; todo

⁵⁶ “Por el cual se aprueba la reforma de los estatutos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras”. En esta dirección señala el artículo 1º: “CREACION. Créase el “Fondo de Garantías de Instituciones Financieras” como persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometida a la vigilancia del Superintendente Bancario, el cual funcionará anexo al Banco de la República, mediante contrato celebrado entre éste y el Gobierno Nacional, en términos similares al que existe para Proexpo, con contabilidades separadas y durante un plazo máximo de cinco años.

Parágrafo Las operaciones del Fondo se regirán únicamente por esta Ley y por las normas de derecho privado”.

⁵⁷ “Por el cual se aprueba la reforma de los estatutos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras”. Así se establece: “Origen y naturaleza. Según lo establecido en el artículo 316 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en adelante Fogafín, creado por la Ley 117 de 1985 como persona jurídica autónoma de derecho público y naturaleza única, es una autoridad especial de intervención del Sistema Financiero adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público”. Artículo 1º de los Estatutos de Fogafín.

⁵⁸ “El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, creado por el artículo 1o. de la Ley 117 de 1985, es una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria”. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 16 de febrero de 1995, C-053/95.

con la finalidad de dotar a tal sociedad de una capacidad para realizar actividades comerciales y bancaria con una mayor eficiencia.

Posteriormente, en el transcurso de las deliberaciones en el Congreso, se modificó el criterio inicial y se le asignó al Fondo el carácter de “persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única” (art. 1º ley 117 de 1985) (subraya la Sala).

Se aprecia entonces que la voluntad del legislador, no consistió en crear una entidad de derecho privado, sino de naturaleza única sometida al régimen del derecho público.

b) Por otra parte, es bien sabido que conforme a la manera como está organizada la administración pública, existen tres tipos de entidades descentralizadas, con características propias, cuales son: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Según prescripciones de la Constitución de 1886, la competencia para determinar la estructura de la administración y la consiguiente creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos le estaba asignada al Congreso por iniciativa del Gobierno (arts. 79 inc. 2º y 76 num. 9º).

En la actualidad y de conformidad con el artículo 210 de la Constitución vigente, la creación de las entidades descentralizadas del orden nacional, corresponde a la ley.

c) De lo anterior, se infiere que para determinar la naturaleza jurídica del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, es menester remitirse, en primer término, a la ley que lo creó, la cual, en su artículo 1º considera a tal Fondo como una “persona jurídica autónoma regida por el derecho público y de naturaleza única”, razón por la cual posee capacidad jurídica autónoma para actuar.

Con el carácter de autónoma, que se le asigna al Fondo se quiere significar que goza de independencia administrativa y técnica, todo con la finalidad de lograr la eficiente prestación del servicio que le ha sido asignada por los estatutos.

Ahora bien, los recursos que maneja el Fondo están afectados a la prestación de un servicio público: la regulación y fomento de la economía a través del fortalecimiento de las instituciones financieras. Los recursos que integran el patrimonio se encuentran señalados en el artículo 4 de la ley 117 de 1985, entre otros: a) El producto de los créditos que le otorgue el Banco de la República; b) El producto de la suscripción, por parte de las instituciones financieras, de bonos emitidos por el Fondo; c) El producto de los derechos de inscripción de las entidades financieras; d) El producto de los préstamos internos y externos; e) Los aportes del presupuesto nacional; f) Los beneficios y rendimientos que generen sus operaciones, y g) Los demás que obtenga a cualquier título, con autorización de la Junta Directiva.

De lo anterior se concluye entonces que el Fondo reúne los tres elementos, propios de los establecimientos públicos, motivo por el cual es forzoso concluir que participa de la naturaleza de estos organismos del Estado.

(...)

Con fundamento en lo expresado y en consonancia con la sentencia transcrita la Sala considera que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ostenta la naturaleza jurídica de “establecimiento público”⁵⁹.

⁵⁹ Adicionalmente, en el mismo concepto se indicó: “d) La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de junio de 1987 sostuvo en relación con el tema de cuyo estudio se ocupa la Sala: “... En la práctica a veces ocurre que el legislador, al dar origen a nuevos organismos de la administración, los distingue con nombres diferentes a los utilizados por la Constitución. En tales casos su

En lo que respecta a la determinación del ordenamiento jurídico que le es aplicable, debe acudirse a lo dispuesto por el Decreto 1596 de 2016, a través del cual se aprobaron los nuevos estatutos del Fondo. En esta dirección el artículo 4º señala:

“Régimen jurídico. El régimen jurídico de Fogafín y el de sus operaciones, actos y contratos se establece en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Capítulo I de la parte decimotercera, Capítulos XX y XXI de la parte tercera y Capítulos I, II y III de la parte undécima), en las normas que lo reglamenten, en las normas del derecho privado, en los presentes estatutos, en los reglamentos que expida su

identidad no depende de las denominaciones con que se les llame, sino de la identificación de los elementos constitutivos atinentes a la naturaleza jurídica, los objetivos, las funciones, el grado de autonomía, la personería, el patrimonio, y demás aspectos propios de cada tipo de entidad. “El decreto 1050 de 1968 precisamente hace la especificación de tales elementos, por ejemplo cuando se refiere a los establecimientos públicos (art. 5º) de los cuales dice que deben tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, ‘et sic de caeteris’. “Por manera que en los casos a que se hace referencia, las dudas que surjan acerca de la índole de una dependencia o entidad administrativa deben resolverse mediante la confrontación de sus elementos constitutivos con los propios de cada tipo de organismo, a la luz de los preceptos constitucionales y las normas legales que los desarrollan. “Un organismo llamado con nombre distinto a los que en éstos se utiliza, bien puede ser establecimiento público, verbi gratia, como lo son la mayoría de los denominados institutos, y hasta ciertas universidades. “Lo que importa verdaderamente al interés constitucional es que todo organismo de la administración pública corresponda al esquema de ella trazado por el constituyente, a fin de evitar que se creen y organicen cuerpos extraños, con detrimento de la unidad orgánica y técnica en el ente administrativo general que la Carta contempla. “Justamente la necesidad sentida de que el Estado pudiera tener para determinados fines corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales o comerciales requirió de toda una reforma constitucional, porque el anterior esquema estructural de la administración. - tal como la Carta lo tenía establecido - , no le permitía al legislador crear estas clases de organismos...” “En efecto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras fue creado por el legislador como una entidad autónoma de derecho público y su objeto principal es el de atender funciones administrativas tal como lo señale el art. 2º de la ley 117 de 1985. “Conforme al criterio expuesto, la Corte estima que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es una persona jurídica de derecho público, que por voluntad soberana del legislador ostenta especiales características administrativas, funcionales y patrimoniales. Empero, la denominación y el particular régimen aplicables acogidos por el legislador no pueden tener la virtualidad de ocultar su real naturaleza jurídica y su ubicación en el contexto de la organización administrativa, y mucho menos significar la inaplicabilidad de los preceptos constitucionales pertinentes en razón de las reales características asignadas por la ley de creación. “Evidentemente, el conjunto de las características propias señaladas en la ley 117 de 1985, imponen concluir que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras corresponde en sus elementos a las entidades que la ley, en desarrollo de las previsiones constitucionales, califica como “establecimientos públicos” y por ello en cuanto dice tener relación con el examen de su constitucionalidad, deben conformarse a las precisas facultades y condicionamientos que en esa materia consagra la Carta” (Revista Foro Colombiano No. 218. Agosto de 1987)”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de junio de 1994. Radicación número: 613. Adicionalmente, en otra oportunidad la Sala Plena del Consejo de Estado señaló: “El Fondo de Garantías de Instituciones Financiera fue creado por la ley 117 de 1985 como una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única del orden nacional, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cuyo objeto general es la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras (art. 316 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de junio de 1987 calificó al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras como un establecimiento público, no obstante que el parágrafo del artículo primero de la ley 117 de 1985 había señalado que las operaciones del Fondo se regirían por ese estatuto y por las normas de derecho privado. (...) En síntesis, el Fondo es una entidad estatal a través de la cual el Estado ejerce funciones de intervención sobre el sector financiero y en particular, sobre las entidades encargadas del manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (art. 335 C.P.)”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de octubre de 1999. Radicación número: CA- 038.

Junta Directiva y en los manuales internos. Así mismo, aplican los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Fogafín debe aplicar el régimen presupuestal propio de su naturaleza única y, además, en asuntos contractuales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En desarrollo de las funciones que la ley establece a cargo de Fogafín, la entidad se encuentra sujeta a lo dispuesto por las normas especiales de procedimiento previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.

Por su naturaleza única, a Fogafín no le es aplicable el régimen legal de las entidades del sector público del orden nacional”⁶⁰.

Por lo tanto, con fundamento en las normas y antecedentes jurisprudenciales citados, a juicio de la Sala Fogafín no está obligada a realizar la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues a pesar de que se trata de un establecimiento público, categoría que se encuentra enlistada dentro de los organismos descentralizados del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, de acuerdo con el Decreto 1596 de 2016 no se le aplican las normas de las entidades del sector público del orden nacional.

b) Findeter y Bancoldex S.A.

El artículo 1º del Decreto 4167 de 2011 determina la naturaleza jurídica de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. (Findeter) indicando que corresponde a una sociedad de economía mixta del orden nacional de tipo anónima⁶¹. Su capital es público y la Nación tiene una participación mayor al 90%⁶².

⁶⁰ Los estatutos anteriores del Fogafín establecían: “La organización y funcionamiento del Fondo, su régimen jurídico interno y externo y el de sus operaciones, actos y contratos está constituido por las disposiciones contenidas en los títulos III y IV de la parte octava del libro primero y en la parte segunda del libro cuarto del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las normas que las reglamenten, los presentes estatutos, los reglamentos internos que expida su Junta Directiva y por las normas del derecho privado.

Las actuaciones administrativas del Fondo se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 80 del Código Contencioso Administrativo y normas concordantes.

Por su naturaleza única al Fondo no le es aplicable el régimen de las entidades del sector público del orden nacional”. Decreto 2757 de 1991, artículo 3º.

⁶¹ “Modifícase la naturaleza jurídica de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter), definida en la Ley 57 de 1989, como sociedad por acciones y transfórmese en una sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo de las anónimas, organizada como un establecimiento de crédito, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia”. Artículo 1º. Por su parte la Corte Constitucional indicó: “El cambio en la naturaleza jurídica de Findeter S.A. obedeció a varios factores, entre ellos a lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 (Ley 1450 de 2011), ya que en él se estableció la posibilidad de canalizar recursos para la financiación de estudios de identificación, preinversión y estructuración de proyectos de carácter estratégico. (...) Como se observa, según este precepto los recursos podrán ser canalizados a través de entidades públicas financieras del orden nacional, como lo es Findeter S.A., siempre y cuando goce de una reconocida capacidad técnica, administrativa y operativa; la norma faculta a estas entidades para gestionar recursos públicos o privados para desarrollar sus operaciones financieras de fomento. Atendiendo al Plan Nacional de Desarrollo el Ejecutivo se propuso dotar a Findeter S.A. de una capacidad técnica y operativa apta para estructurar los proyectos convenientes al desarrollo del país. 6.2. Dentro de este proyecto resultaba conveniente modificar la naturaleza jurídica de Findeter S.A. para convertirla en una sociedad anónima de economía mixta, dotándola de órganos de administración que incorporaran sistemas de gobierno modernos, desarrollaran nuevos productos y servicios, mejoraran la presencia en el mercado, consolidaran su actuación como un instrumento eficaz de

El artículo 6º del mismo decreto determina lo referente al régimen jurídico que le resulta aplicable a la entidad. Así, dispone la norma:

“Régimen legal. El régimen de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter) es el de derecho privado; en todo caso, se someterá al régimen propio de las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado, independientemente de la participación del capital público en su patrimonio”.

Como puede observarse, Findeter se encuentra sometido al derecho privado y al régimen que corresponde a las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De otra parte, el Banco de Comercio Exterior – Bancoldex S.A., fue creado a través del artículo 21 de la Ley 7ª de 1991⁶³. De acuerdo con el artículo 279 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 58 de la Ley 795 de 2003, esta entidad es una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, vinculada al Ministerio de Comercio Exterior⁶⁴.

Su capital se encuentra dividido de la siguiente manera: i) un 91.9% pertenece al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ii) un 7.9% corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y iii) un 0.2 % a otros accionistas.

En lo que respecta al régimen que le resulta aplicable al Banco, el referido artículo 279 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero determina que este será el relativo al de las sociedades de economía mixta no asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado, sin importar la participación del capital estatal en su patrimonio⁶⁵. Asimismo, se establece que el Banco se regirá por la Ley 7 de 1991, el Decreto 2505 de 1991, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las normas relativas a las sociedades de economía mixta, el Código de Comercio, las demás normas complementarias y concordantes, y sus estatutos⁶⁶.

política pública y garantizaran mecanismos ágiles para la escogencia del personal técnico requerido”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de febrero de 2013, C-053/13.

⁶² “FINDETER es una entidad financiera de redescuento, donde su capital es público y se integra con participación de la Nación en un 92.53%, los departamentos con el 7.47% (no son accionistas Cauca y Arauca), Bolívar con el 0.24%, los demás departamentos participan con el 0.25%, Norte de Santander cedió sus acciones a INFINORTE”. <http://www.findeter.gov.co/loader.php?lServicio=FAQ&lFuncion=viewPreguntas&id=20#a3>.

⁶³ “Créase el Banco de Comercio Exterior como una institución financiera vinculada al Ministerio de Comercio Exterior, a la cual corresponderá ejercer las funciones de promoción de las exportaciones. La promoción será desarrollada, entre otros instrumentos, a través de las agregadurías comerciales en el exterior las cuales dependerán de las embajadas colombianas”.

⁶⁴ “El Banco de Comercio Exterior, creado por el artículo 21 de la Ley 7ª. de 1991, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, vinculada al Ministerio de Comercio Exterior”.

⁶⁵ “El Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A., (Bancoldex), continuará sometiéndose exclusivamente al régimen propio de las sociedades de economía mixta no asimilado al de las empresas industriales y comerciales del Estado, independientemente de la participación del capital público en su patrimonio”.

⁶⁶ “El Banco se regirá por la Ley 7 de 1991, por el Decreto 2505 de 1991, por este Estatuto, por las normas relativas a las sociedades de economía mixta, por el Código de Comercio, por las demás normas complementarias y concordantes, y por sus estatutos, en cuanto tales decretos, normas y estatutos no se opongan a lo que en la Ley 7 de 1991 y en el Decreto 2505 de 1991 se dispone. Teniendo en cuenta que los artículos 20, 21 y 22 de la Ley 7 de 1991 ordenaron la creación del Banco de Comercio Exterior y la asunción por parte suya de todos los derechos y obligaciones del Fondo de Promoción de Exportaciones, no se requerirá autorización alguna de las autoridades

De acuerdo con lo anterior, se advierte que tanto a Findeter como a Bancoldex S.A., a pesar de que su capital pertenece en más de un 90% al Estado, le es aplicable el régimen de las sociedades de economía mixta no asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por lo tanto, estima la Sala que Findeter y Bancoldex S.A. no están obligadas a realizar la transferencia establecida en el párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues al no estar sometidas por disposición legal al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, a la luz del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974, y para los efectos de la referida obligación, no se consideran entidades descentralizadas.

Finalmente, la Sala llama la atención sobre la necesidad de revisar las normas que regulan la financiación de la RTVC. La importante actividad a cargo de esta entidad reclama que exista un marco regulatorio que: i) esté acorde con las dinámicas actuales de la entidad y la administración pública, ii) le brinde seguridad y autonomía sobre los recursos requeridos para el desarrollo de su actividad, y iii) disuelva o elimine las ambigüedades que generan conflictos interpretativos entre las entidades públicas obligadas al actual sistema de transferencia.

La Sala RESPONDE:

1. A partir de la normatividad antes descrita, resulta importante definir qué debe entenderse por publicidad pública y su alcance para efectos de la aplicación a la RTVC.

De la interpretación sistemática del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011, la jurisprudencia y la doctrina, es posible concluir que las actividades de divulgación que adelantan los entes estatales para comunicarse con los ciudadanos pueden dividirse en: i) publicidad oficial y ii) publicidad legal-administrativa.

La publicidad oficial consiste en las actividades de divulgación que realizan las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011. Por lo tanto, son publicidad oficial las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, y en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad misma y su quehacer.

Por su parte, las actividades relativas a la publicidad legal-administrativa corresponden justamente a las establecidas en el referido artículo 2º. Así, esta segunda clase de actividades de divulgación está conformada por aquellas dirigidas a informar la ejecución de las funciones netamente administrativas u operativas de la entidad pública, que obligatoriamente deben ser puestas en conocimiento de una o más personas, como serían, por ejemplo, la difusión de los procedimientos administrativos para que el ciudadano pueda enterarse de cómo proceder ante ella y de las decisiones que se tomen producto de consultas, derechos de petición o de otras actuaciones necesarias para su operación. De

administrativas para realizar esa conversión, aprobar avalúo de aportes, o comenzar a ejercer su objeto, sin perjuicio de la aprobación de los estatutos a la que se refiere el numeral 11 del artículo 280 de este Estatuto". Ibídem.

esta suerte, la publicidad legal-administrativa tiene como objetivo materializar las funciones asignadas al órgano público por medio de la ley y enterar al ciudadano de la actividad y actuaciones administrativas y operativas propiamente dichas desplegadas en la entidad.

En virtud de la clasificación de las actividades de divulgación en publicidad oficial y publicidad legal-administrativa, es claro que no todas las actividades de divulgación del organismo público hacen parte del presupuesto publicitario, y por tanto no todas ellas pueden tomarse en cuenta para liquidar el porcentaje a transferir a la RTVC y a las organizaciones regionales de televisión. Así, el presupuesto publicitario al que se refiere el artículo 21 de la Ley 14 de 1991 es el conformado por las partidas que los correspondientes sujetos obligados por la norma destinan anualmente a la publicidad oficial.

2. ¿El Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015, que restringe o determina qué no constituye publicidad pública, estaría generando que las entidades que financian el canal cultural del sistema de medios públicos se abstengan de girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991?

El artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 establece una serie de actos que no constituyen publicidad oficial. Sin embargo, lo anterior no implica que haya desaparecido la obligación contenida en el párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, pues existen actividades distintas a las indicadas en el supradicho artículo del Decreto mencionado, como son, por ejemplo, las actividades que promocionan la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público, que constituyen publicidad oficial y, por tanto, dan lugar a la obligación señalada.

3. ¿Cuáles serían las variables o fuentes reales de publicidad y los conceptos sobre los cuales una entidad descentralizada debería girar los dineros a la RTVC?

El porcentaje del 7% que debe transferirse a la RTVC debe liquidarse sobre el presupuesto publicitario anual de la entidad obligada, el cual corresponde a las partidas asignadas por la entidad descentralizada a su publicidad oficial, es decir, a las actividades de divulgación dirigidas a promocionar a la entidad y que no corresponden a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011.

4. De no estar las entidades obligadas a girar el 7% de que trata la Ley 14 de 1991, por cuanto el decreto lo restringe, ¿cuál sería entonces la fuente de financiación del canal cultural y educativo de la RTVC?

Los organismos descentralizados del orden nacional determinados en los términos del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 sí están obligados a realizar a la RTVC la transferencia ordenada por el párrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991.

Esta transferencia es una de las fuentes de ingresos con las que cuenta la RTVC, como lo son también, entre otros, los recursos provenientes del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) establecido por el artículo 16 de la Ley 1507 de 2012.

5. ¿Es factible deducir que el decreto fue más allá de lo establecido en la ley, perjudicando la finalidad de la misma, afectando la cultura y la educación ciudadana propia del sistema de medios públicos, dada la naturaleza de la RTVC,

a tal punto que debe ser objeto de derogatoria, demanda de nulidad o simplemente de inaplicabilidad, por excepción de inconstitucionalidad?

En el Decreto 4326 de 2011 no se evidencia un ejercicio excesivo de la potestad reglamentaria: de una parte, el artículo 1º reproduce lo dispuesto por los incisos 1º y 2º del artículo 10º de la Ley 1474 de 2011, y de otra, la finalidad del Decreto fue clarificar y delimitar lo que debe entenderse por publicidad oficial, aspecto que no fue objeto de definición por parte de la Ley 1474 de 2011 y que resulta fundamental para su correcta aplicación.

Por lo tanto, en principio no debería ser objeto de derogatoria, nulidad o inaplicabilidad por excepción de inconstitucionalidad.

6. ¿Cuáles serían las actividades distintas a las de la ley, propias de las entidades descentralizadas, que constituirían publicidad oficial a la luz del Decreto 4326 de 2011, compilado en el Decreto 1068 de 2015?

Cuando el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011 se refiere a las actividades de divulgación que “promuevan o faciliten el cumplimiento de la Ley en relación con los asuntos de su competencia” está aludiendo a actividades que de acuerdo con la respuesta número 1 hacen referencia a la publicidad legal-administrativa, es decir, aquellas que tienen como propósito materializar las funciones asignadas al órgano público por medio de la ley y enterar al ciudadano de la actividad y actuaciones administrativas y operativas propiamente dichas desplegadas en la entidad.

Por el contrario, las actividades que constituirían publicidad oficial serían aquellas que tienen como objeto promocionar la existencia, misión, políticas, planes, programas, servicios y realizaciones del ente público y, en fin, cualquier actividad de divulgación que, sin corresponder a las indicadas en el referido artículo 2º, busque dar a conocer a la entidad y su quehacer.

7. ¿Sólo están obligadas a realizar la contribución las entidades que ejercen actividad comercial?

No: el concepto de publicidad oficial aquí expuesto debe ser entendido desde la perspectiva de la promoción institucional y no desde la visión de una actividad comercial o lucrativa.

Asimismo, no es el adelantamiento de actividades comerciales propiamente dichas lo que determina para el órgano público la calidad de sujeto obligado a realizar la transferencia establecida en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991, sino el carácter de organismo descentralizado, determinado en los términos del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Y además, se reitera, el que se trate de actividades dirigidas a promocionar a la entidad y que no correspondan a las señaladas en el artículo 2º del Decreto 4326 de 2011.

8. ¿Corresponden a FOGAFIN, FINDETER y BANCOLDEX S.A., como entidades descentralizadas, realizar los aportes o transferencia de que trata la Ley 14 de 1991? En caso negativo, ¿cuál sería el fundamento que los exime de dicha obligación?

Fogafin no se encuentra obligada a realizar la transferencia ordenada por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991: a pesar de que se trata de un establecimiento público, categoría que se encuentra enlistada dentro de los

organismos descentralizados del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974 y el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, de acuerdo con el Decreto 1596 de 2016 a esta entidad no se le aplican las normas de las entidades del sector público del orden nacional.

Por su parte, Findeter y Bancoldex S.A. tampoco están obligadas a realizar la transferencia, pues al no estar sometidas por disposición legal al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, a la luz del artículo 1º del Decreto 1982 de 1974, y para los efectos de la referida obligación, no se consideran entidades descentralizadas.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala
(Ausente con excusa)

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala