

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL

JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, TULIO ROBERTO VARGAS PEDROZA y JUAN CARLOS OCHOA DAZA, mayores, de esta vecindad, actuando como Ciudadanos, respetuosamente formulamos **acción de inconstitucionalidad**, así:

I. NORMA ACUSADA

El Decreto Ley 4171 del 3 de noviembre de 2011, expedido por el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de facultades extraordinarias, "Por el cual se crea, se determina la conformación y las funciones del Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)", Publicado en el Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011.

Transcribimos a continuación la norma acusada:

"DECRETO 4171 DE 2011 (noviembre 3)

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se crea, se determina la conformación y las funciones del Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren el literal f) del artículo 18 de la Ley
1444 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que el Gobierno nacional, con el fin de establecer esquemas de gobiernos corporativos que permitan promover mayor eficiencia y efectividad en la administración de los tributos, rentas y contribuciones parafiscales, está concentrado en la reorganización y articulación de funciones a cargo de la administración de ingresos.

Que al Gobierno nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 numeral 20 de la Constitución Política, le corresponde "velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes".

Que de acuerdo con el numeral 6, artículo 3o del Decreto 4712 de 2008, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene como funciones las de coordinar, dirigir y regular la administración y recaudación de los impuestos que administra la Unidad Administrativa

Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y la de regular de conformidad con la ley, la administración y recaudo de las rentas, tasas, contribuciones fiscales y parafiscales, multas nacionales y demás recursos fiscales, su contabilización y gasto.

Que de conformidad con lo anterior, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), debe contar con un esquema de gobierno corporativo que le permita asegurar la eficacia, eficiencia e integridad de su gestión y un direccionamiento estratégico de sus decisiones.

Que mediante el uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República mediante la Ley 1444 de 2011, le fueron trasladadas a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), las funciones del Ministerio de Comercio, industria y Turismo de llevar y administrar el registro de contratos de importación y explotación de determinados servicios y certificar los productos colombianos de origen.

Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participe en el control y direccionamiento estratégico de las decisiones que deba tomar la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en relación con las funciones que le fueron trasladadas.

Que el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 concede facultades extraordinarias al Gobierno nacional para "Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado".

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. CREACIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO. Créase en la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), un Consejo Directivo como órgano de dirección y administración.

ARTÍCULO 2o. FUNCIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO. El Consejo Directivo cumplirá las siguientes funciones:

1. Aprobar el Plan Estratégico de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y velar por su cumplimiento.
2. Asesorar al Director General en la adopción de las políticas de administración de tributos, aduanas y control al régimen cambiario.
3. Evaluar los informes que le sean presentados por el Director General, con el fin de hacer seguimiento oportuno y efectivo del cumplimiento de las políticas y los objetivos estratégicos trazados, así como la revisión permanente de las mismas con el fin de llevar a cabo su actualización y ajuste cuando resulte necesario.
4. Aprobar, a propuesta del Director General y de conformidad con la política que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el plan general de expedición normativa de la entidad.

5. Hacer seguimiento a la ejecución del plan general de expedición normativa y a las normas que sean expedidas por fuera del mismo.
6. Solicitar el análisis de impacto de aquellas iniciativas que a juicio del Consejo requieran de seguimiento en su aplicación.
7. Conocer las evaluaciones de ejecución presentadas por el Director General de la DIAN y proponer correctivos cuando sea necesario.
8. Aprobar el Proyecto de Presupuesto Anual de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
9. Aprobar los planes y programas que conforme a la Ley Orgánica del Presupuesto se requieran para su incorporación a los planes sectoriales, y a través de estos, al Plan Nacional de Desarrollo.
10. Formular y adoptar, a propuesta del Director General, la política de mejoramiento continuo de la entidad, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo.
11. Aprobar las modificaciones a la estructura y planta de personal de la entidad para su adopción por el Gobierno nacional.
12. Adoptar los lineamientos generales de la política institucional de gestión de calidad.
13. Dictarse su propio reglamento.
14. Las demás funciones que le señale la ley.

ARTÍCULO 3o. CONFORMACIÓN. El Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para el cumplimiento de sus funciones, estará integrado por:

1. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien la presidirá.
2. El Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
3. El Director General de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).
4. Tres (3) miembros.

El delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público será un empleado del nivel directivo de la entidad.

PARÁGRAFO 1o. La Secretaría Técnica del Consejo Directivo la ejercerá el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

PARÁGRAFO 2o. El nombramiento de los tres (3) miembros independientes estará sujeto a un proceso de selección y evaluación que asegure que los mismos tengan la idoneidad técnica necesaria.

Dicho proceso se definirá en el reglamento del Consejo Directivo.

PARÁGRAFO 3o. Si dentro del orden del día a tratar en la reunión se encuentran temas relacionados con las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo trasladadas a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se deberá invitar al Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado, quien participará con voz pero sin voto.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo aclarado por el artículo 1 del Decreto 4453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, deliberará con la asistencia de la mayoría de sus miembros. Las decisiones se adoptarán con el voto favorable de la mayoría de los asistentes.

ARTÍCULO 4o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el Decreto 4048 de 2008."

II: NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Constitución Política: arts. 150 numeral 10º; 150 numeral 7º; 113; 29 y 6; 13, 25 y 40; 53 y 55.

III. CONCEPTO DE LA VIOLACION

Expresamos las razones por las cuales estimamos que estas normas Constitucionales han sido violados por el Decreto acusado.

PRIMERA NORMA INFRINGIDA: numeral 10º del artículo 150 Constitucional : por extralimitación de las facultades extraordinarias :

Se viola el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, por cuanto, con la expedición del Decreto 4171 de 2011, se incurrió en extralimitación de las facultades extraordinarias que con fundamento en dicho numeral fueron otorgadas por el legislativo al Señor Presidente de la República, mediante el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, infracción que se configura como lo explicaremos a continuación.

Como bien lo ha señalado de manera reiterada y uniforme la Honorable Corte Constitucional, la concesión de facultades extraordinarias, con fundamento en el numeral 10 del artículo 150 de nuestra Carta Política, está sujeta por parte del legislador ordinario al cumplimiento de los presupuestos y exigencias contemplados en dicho canon constitucional, cumplimiento que debe quedar reflejado en la ley que otorga las facultades en comento y cuyos elementos se pueden desglosar así:

- a) Las facultades deben ser temporales y no pueden exceder de seis (6) meses;
- b) los asuntos que deberá regular el Presidente deben ser señalados por el Congreso en forma clara, precisa y determinada;

c) solamente se pueden otorgar cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje;

d) deben ser solicitadas por el Gobierno de manera expresa;

e) deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara legislativa;

f) no se pueden conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, así como tampoco para dictar leyes marco ni decretar impuestos

Como corolario lógico de lo anterior, el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, debe ceñirse estrictamente a los elementos enunciados, cuyo cumplimiento a juicio del Congreso es el que viabiliza que constitucionalmente proceda tal otorgamiento, circunstancia reconocida tácitamente para cada caso con la expedición de la Ley de facultades respectiva.

Dicho en otras palabras, las actuaciones adelantadas por el Señor Presidente de la República, con fundamento en la Ley por medio de la cual se le otorgan las facultades extraordinarias previstas en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, para que puedan ser consideradas ajustadas a la Constitución, **deben cumplir dentro de dicho contexto con cinco limitantes: una desde el punto de vista temporal y cinco de orden sustancial o material, relacionados con el contenido de cada una de las normas que expida en ejercicio de dichas facultades**, esto es, que las facultades:

- No podrán ejercerse con posterioridad al vencimiento del límite temporal señalado, es decir, después del término de seis (6) meses, contados a partir de la publicación de la Ley que las otorga.
- No podrán ejercerse respecto de asuntos distintos a aquellos señalados de manera clara, precisa y determinada por el Congreso en la Ley que las otorga.
- No podrán referirse a necesidades distintas a aquellas planteadas ante el Congreso como fundamento de la solicitud de su otorgamiento, ni atender intereses distintos a la conveniencia pública.
- No podrán versar sobre aspectos distintos a los expresamente solicitados por el Gobierno al Congreso;
- No podrán ejercerse para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco, ni para decretar impuestos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el restante elemento (el formal), no incluido en esta última relación, relacionado con la mayoría absoluta que en una y otra Cámara, debe aprobar el proyecto que otorga las facultades extraordinarias, para que pueda convertirse en Ley de la República, se encuentra directamente relacionado con la constitucionalidad de la Ley que las otorga (en este caso, la Ley 1444 de 2011) y no con a la constitucionalidad de la norma acusada, por vía del cumplimiento de los requisitos expresamente señalados en dicha Ley.

Para el caso específico del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, cuya constitucionalidad es objeto de cuestionamiento con el presente libelo, el análisis de dichos elementos nos permite establecer lo siguiente:

Elementos cumplidos:

En cuanto al límite temporal, que para el caso consistiría en haber expedido el Decreto que crea el Consejo Directivo de la DIAN, dentro de la oportunidad prevista para tal efecto, se observa que la Ley 1444 de 2011, que otorga las facultades extraordinarias, fue publicada en el Diario Oficial No. 48.059 de 4 de mayo de 2011, en tanto que el Decreto 4171 de 2011, fue publicado en el Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011, es decir, justo el día anterior al vencimiento del término de seis (6) meses del cual disponía el Presidente de la República para hacer uso de las facultades extraordinarias otorgadas por dicha Ley, de donde se colige que el Decreto acusado fue expedido oportunamente y que en consecuencia, el límite temporal fue cumplido, por lo que no se formulará cuestionamiento alguno sobre este primer elemento.

Del mismo modo, desde el punto de vista del contenido material del Decreto 4171 de 2011, analizado un primer factor de los que componen dicho elemento, se observa que con el mismo, el Gobierno Nacional no está expidiendo códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco, ni está decretando impuestos, por lo que este factor del elemento sustancial, se observa cumplido y tampoco se formulará cuestionamiento alguno al respecto.

Elementos incumplidos:

No obstante la aparente constitucionalidad del Decreto que en principio se podría inferir de la lectura del apartado anterior, si continuamos con el análisis del resto de factores y elementos que determinan la constitucionalidad del Decreto acusado, por vía del cumplimiento de las exigencias y requisitos previstos en la ley que otorga las facultades en ejercicio de las cuales fue expedido, desde el punto de vista material, el resultado es completamente distinto.

Conviene aclarar como marco conceptual que la facultad de legislar está asignada al Congreso por mandato expreso de la Carta, cuando el Presidente de la República ejerce dicha función por traslado temporal de esa competencia, debe hacerlo dentro de los estrictos y precisos términos señalados por el legislador ordinario.

Para el presente caso, basta con revisar el texto del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, el cual, reviste de facultades al presidente para: crear, escindir, fusionar y suprimir, entidades públicas, para que en una interpretación de la norma, dentro de la sana crítica se concluya que las potestades incluidas en su literal f) se refieren precisamente a las entidades fusionadas como consecuencia del ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la misma ley y a las circunstancias extraordinarias de necesidad o conveniencia que motivaron su expedición, al tenor de lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución, en su numeral 10.

En efecto, el Decreto 4171 de 2011 vulnera la totalidad de las restantes limitantes sustanciales, como se explica a continuación:

VIOLACION AL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 150 DE LA CONSTITUCION POLITICA POR CUANTO AL EXPEDIR EL DECRETO 4171 DE 2011, POR EL CUAL SE CREA EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA DIAN, SE HA PRESENTADO EL PROSCRITO EJERCICIO DE

ESTADO

FAULTADES EXTRAORDINARIAS RESPECTO DE ASUNTOS DISTINTOS A AQUELLOS SEÑALADOS DE MANERA CLARA, PRECISA Y DETERMINADA POR EL CONGRESO EN LA LEY QUE LAS OTORGA EN ESTE EL LITERAL f) DEL ARTICULO 18 DE LA LEY 1444 DE 2011

En primer lugar, tenemos que el Decreto acusado, supuestamente expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente por el Congreso de la República, mediante la Ley 1444 de 2011, con fundamento en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución se refiere a asuntos distintos a aquellos señalados de manera clara, precisa y determinada por el Congreso en el literal f) del artículo 18 de dicha Ley, es decir, que al expedirlo, el ejecutivo ha excedido las facultades otorgadas por el legislativo.

Lo anterior, se puede verificar así:

Si revisamos el inciso final del acápite: **“CONSIDERANDO”** del Decreto 4171 de 2011, encontraremos que de manera expresa señala y transcribe como único fundamento jurídico en materia de competencia para su expedición, el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, el cual, concede facultades extraordinarias al Gobierno nacional ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE para las siguientes materias:

“Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado”.

De otra parte, si para continuar con el análisis efectuamos la lectura íntegra de la Ley 1444 de 2011 (Anexo 1), a efectos de determinar cuáles fueron las creaciones, fusiones, escisiones, traslados de funciones y transformaciones, efectuados por el Congreso mediante la expedición de dicha Ley, encontraremos que las modificaciones efectuadas con la misma, en la estructura de la Administración Pública del orden nacional, fueron las siguientes:

ESCISIONES	CREACIONES	TRASLADOS DE FUNCIONES	SUPRESIONES	INTEGRACIONES
Escindió del Ministerio del Interior y de Justicia los objetivos y funciones asignados por las normas vigentes al despacho del Viceministro de la Justicia y el Derecho y a las dependencias a su cargo y reorganizó dicho Ministerio y cambio su denominación por	Creó el Ministerio de Justicia y Derecho, asignándole como objetivos y funciones las escindidas del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante el artículo 1 de la Ley, es decir, las que con anterioridad a su expedición venían estando a cargo del Viceministerio de la	Traslado las funciones del Viceministerio de la Justicia y el Derecho del Ministerio del Interior y de Justicia, al recién creado Ministerio de Justicia y Derecho. (artículo 4)	Suprimió el Ministerio del Interior y de Justicia, al cambiar su denominación por la de Ministerio del Interior. (artículo 2 de la Ley)	Integró el Sector Administrativo del Interior, conformado por el Ministerio del Interior, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo. (artículo 3 de la Ley) Integró el Sector Administrativo de

la de Ministerio del Interior. (artículos 1 y 2 de la Ley)	Justicia y el Derecho. (artículo 4) Créo la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación como una Unidad Administrativa Especial, como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, asignándole funciones. (parágrafo del artículo 5)			Justicia y del Derecho, conformado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo (artículo 5)
Escindió del Ministerio de Protección Social los objetivos y funciones asignados por las normas vigentes al Despacho del Viceministro de Salud y Bienestar, y los temas relacionados al mismo, así como las funciones asignadas al Viceministerio Técnico, reorganizó dicho Ministerio y cambio su denominación por la de Ministerio del Trabajo. (artículos 6 y 7 de la Ley)	Creó el Ministerio de Salud asignándole como objetivos y funciones los escindidos del Ministerio del Ministerio de la Protección Social. (artículo 9 de la Ley)	Traslado las funciones del Viceministro de Salud y Bienestar, y las funciones asignadas al Viceministerio Técnico del Ministerio de la Protección Social, al recién creado Ministerio de Salud. (artículo 9)	Suprimió el Ministerio de Protección Social, al cambiar su denominación por la de Ministerio del Trabajo. (artículo 7 de la Ley)	Integró el Sector Administrativo del Trabajo, conformado por el Ministerio del Trabajo, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo. (artículo 8 de la Ley) Integró el Sector Administrativo de Salud y Protección Social, conformado por el Ministerio de Salud y Protección Social, las superintendencias y demás entidades que la ley defina

				como adscritas o vinculadas al mismo. (artículo 10 de la Ley)
Escindió del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial los objetivos y funciones asignados por las normas vigentes a los Despachos del Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial y al Despacho del Viceministro de Agua y Saneamiento Básico, reorganizó dicho Ministerio y cambio su denominación por la de Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (artículo 11 y 12 de la Ley)	Creó el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, asignándole como objetivos y funciones los escindidas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (artículo 14 de la Ley) Créase una instancia interministerial para garantizar la coordinación en materia de agua y de desarrollo territorial. (artículo 16 de la Ley)	Traslado las funciones del los Despachos del Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial y al Despacho del Viceministro de Agua y Saneamiento Básico del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al recién creado Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (artículo 14)	Suprimió el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al cambiar su denominación por la de Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (artículo 12 de la Ley)	Integró el Sector Administrativo del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible estará integrado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo. (artículo 13 de la Ley) Integró el Sector Administrativo de Vivienda, Ciudad y Territorio estará integrado por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo. (artículo 15)

Como se observa, entre las entidades públicas objeto de las modificaciones enunciadas (escisiones, creaciones, supresiones e integraciones), efectuadas por la Ley 1444 de 2011, no se encuentra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), circunstancia que jurídicamente descarta la posibilidad de que en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas con el literal f) del artículo 18 de la citada ley, el Presidente de la República de Colombia, pudiese modificar directamente la estructura orgánica de dicha entidad.

Así mismo, se evidencia que entre las entidades públicas que fueron objeto de las citadas modificaciones, efectuadas por la Ley 1444 de 2011 y enunciadas en el cuadro precedente, tampoco se encuentra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, circunstancia que a su

vez descarta la posibilidad de que en ejercicio de las facultades extraordinarias en cuestión, la estructura de la DIAN, pudiese ser modificada de manera indirecta, es decir, por haber recibido funciones procedentes de dicho Ministerio.

En efecto si revisamos el texto antes transcrito del literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, citado como fundamento único de la competencia del Señor Presidente de la República, encontraremos que las facultades extraordinarias otorgadas en virtud de dicho literal, se encontraban limitadas desde el punto de vista sustancial a tres eventos en los cuales, su ejercicio permitiría al ejecutivo, señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de una entidad, a saber:

- Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de:

- 1. Las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones;**
- 2. Aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas;**
- 3. La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.**

Analicemos cada uno de los eventos mencionados, en relación con el caso que nos ocupa:

1. PRIMER EVENTO: SEÑALAR, MODIFICAR Y DETERMINAR LOS OBJETIVOS Y LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE: LAS ENTIDADES U ORGANISMOS RESULTANTES DE LAS CREACIONES, FUSIONES O ESCISIONES;

Remontándonos a la historia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), encontramos que la Entidad se constituyó y estructuró como Unidad Administrativa Especial, mediante la expedición del Decreto 2117 de 1992 como resultado de fusión de la Dirección de Impuestos Nacionales (DIN) con la Dirección de Aduanas Nacionales (DAN) y opera como tal desde el 1º de junio del año 1993, fecha de entrada en vigencia de la citada norma. En cuanto a su estructura inicial, encontramos que ha sido objeto de varias modificaciones, siendo entre ellas las más importantes las efectuadas con el Decreto 1071 de 1999 y el Decreto 4048 de 2008.

De tal modo que, la DIAN, no es una de las entidades creadas, fusionadas o escindidas por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas con la Ley 1444 de 2011, circunstancia que la excluye de las entidades que pueden ser objeto de modificación en su estructura, con fundamento en el literal f) del artículo 18 de la citada Ley, bajo el primero de los eventos previstos en el mismo.

De lo anterior se concluye que este primer evento, no podía ser usado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas mediante el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, como presupuesto fáctico para la modificación de la estructura de la DIAN, mediante la creación e inclusión en su organigrama, de un Consejo Directivo.

2. SEGUNDO EVENTO: SEÑALAR, MODIFICAR Y DETERMINAR LOS OBJETIVOS Y LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE AQUELLAS ENTIDADES U ORGANISMOS A LOS CUALES

SE TRASLADEN LAS FUNCIONES DE LAS SUPRIMIDAS, ESCINDIDAS, FUSIONADAS O TRANSFORMADAS;

El estudio de la historia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, nos permite establecer que dicho Ministerio se creó mediante el artículo 4º de la Ley 790 de 2002, como resultado de fusión de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior y que en cuanto a sus objetivos y estructura orgánica, dicho Ministerio se encuentra regulado mediante el Decreto 210 del 3 de febrero de 2003.

De otra parte, al revisar la motivación que dio lugar a la creación del Consejo Directivo de la DIAN, contenida en el acápite de consideraciones del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, encontramos:

“Que mediante el uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República mediante la Ley 1444 de 2011, le fueron trasladadas a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), las funciones del Ministerio de Comercio, industria y Turismo de llevar y administrar el registro de contratos de importación y explotación de determinados servicios y certificar los productos colombianos de origen.

Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participe en el control y direccionamiento estratégico de las decisiones que deba tomar la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en relación con las funciones que le fueron trasladadas.”

El traslado de las dos funciones en comento se efectuó mediante la expedición del Decreto 4176 del 3 de noviembre de 2011, “por el cual se reasignan unas funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y a la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”, en los siguientes términos:

DECRETO 4176 DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2011:

“Artículo 1º. Reasignar las siguientes funciones actualmente en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN):

- 1. Llevar y administrar el registro de los contratos de importación de tecnología y de exportación de servicios, y expedir las certificaciones pertinentes.***
- 2. Fijar criterios de origen y expedir la certificación del origen de los productos colombianos con destino a la exportación.”***

Ahora bien, dentro de las consideraciones del citado decreto, se señala que la reasignación de funciones la hace el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias, que le confiere el literal d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, literal que dispuso:

“d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;...”

De otra parte, al profundizar en el tema de las dos funciones trasladadas a la DIAN, nos encontramos con que se trata de funciones que originalmente se encontraban a cargo de la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dependencia que de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 210 del 3 de febrero de 2010, Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y se dictan otras disposiciones, tenía a su cargo las siguientes funciones:

"ARTÍCULO 19. SUBDIRECCIÓN DE DISEÑO Y ADMINISTRACION DE OPERACIONES. Son funciones de la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones, las siguientes:

- 1. Administrar el registro de productores nacionales con el fin de recopilar información sobre la producción existente en el país, expedir los conceptos sobre existencia de producción nacional, entre otras finalidades con destino a las licitaciones públicas y a la expedición de licencias previas de importación, y expedir las demás certificaciones requeridas relacionadas con la materia.**
- 2. <Numeral derogado por el artículo 8 del Decreto 4176 de 2011>**
- 3. <Numeral derogado por el artículo 8 del Decreto 4176 de 2011>**
- 4. Realizar la coordinación interinstitucional requerida para garantizar el control de las autorizaciones y requisitos previos para las importaciones.**
- 5. <Numeral modificado por el artículo 6 del Decreto 4269 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Realizar el control de la utilización de las licencias anuales de importación de las empresas petroleras, mineras y de servicios a estas, en coordinación con el Comité de Importaciones, para garantizar el adecuado manejo de las autorizaciones aprobadas.**
- 6. Certificar la calidad de maquinaria pesada no producida en el país con destino a la industria básica, para la obtención de la exclusión del IVA.**
- 7. Proponer mecanismos de vigilancia y seguimiento sobre los procedimientos y las condiciones establecidas para las operaciones de comercio exterior.**
- 8. Fijar criterios para el diseño, ejecución, evaluación y control del comercio exterior administrado.**
- 9. Expedir los actos administrativos e instrucciones sobre las materias de su competencia, y realizar las operaciones a que haya lugar para el adecuado desarrollo de sus funciones.**
- 10. Preparar los proyectos de descripciones mínimas de productos, oído el concepto de pertinencia de la Dirección de Regulación del Ministerio.**

11. Diseñar y administrar, con el apoyo de la Oficina de Sistemas de Información, el sistema de información sobre los exportadores de bienes y servicios y sobre la producción nacional registrada.

12. Las demás inherentes a la naturaleza y funciones de la dependencia, que le sean asignadas.

13. <Numeral adicionado por el artículo 7 del Decreto 4269 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Realizar con otras entidades competentes, las acciones de control y verificación para asegurar el efectivo reconocimiento del Certificado de Reembolso Tributario, CERT.

14. <Numeral adicionado por el artículo 7 del Decreto 4269 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Analizar las solicitudes de reconocimiento de Certificados de Reembolso Tributario, CERT, incluyendo los ajustes por devolución y cruces de cuentas a que haya lugar, y proyectar los actos administrativos mediante los cuales se decidan las correspondientes peticiones.

15. <Numeral adicionado por el artículo 7 del Decreto 4269 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Coordinar con las entidades responsables y vinculadas de la Ventanilla Unica de Comercio Exterior, su operación, manejo y respuesta oportuna a las solicitudes que sean presentadas.

El artículo 19 del Decreto 4176 de 2011, deroga las dos funciones en comento, de manera expresa, en los siguientes términos:

“Artículo 8°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial los numerales 2 y 3 del artículo 19 del Decreto 210 de 2003. Modifica en lo pertinente: el numeral 25 del artículo 2° del Decreto 210 de 2003, modificado por el artículo 1° del Decreto 469 de 2005; el numeral 7 del artículo 6° y el numeral 6 del artículo 8° del Decreto 2785 de 2006.” (Se subraya)

Con anterioridad a la expedición del Decreto 4176 de 2011, las funciones trasladadas a la DIAN, se encontraban a cargo de la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y eran contempladas en los **numerales 2 y 3 del artículo 19 del Decreto 210 de 2003, en los siguientes términos:**

“ARTÍCULO 19. SUBDIRECCIÓN DE DISEÑO Y ADMINISTRACION DE OPERACIONES. Son funciones de la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones, las siguientes:

2. Fijar criterios de origen y expedir la certificación del origen de los productos colombianos con destino a la exportación.

3. Administrar el registro de comercio exterior de usuarios importadores y exportadores, de contratos de importación de tecnología y de exportación de servicios y demás usuarios del comercio exterior, y expedir las certificaciones pertinentes”.

Ahora bien, si consultamos la motivación del Decreto 4176 de 2011, para establecer el por qué del traslado de dichas funciones a la DIAN, encontraremos que se hizo con el fin de facilitar la implementación de los tratados de libre comercio aprobados por el Congreso de la República, al considerarse necesario que una sola autoridad (en este caso la DIAN), maneje los aspectos atinentes al origen de las mercancías.

Como se observa, fueron tan solo las funciones relacionadas en los numerales 2 y 3 del artículo transcrito, las derogadas por el artículo 19 del Decreto 4176 de 2011, para efectos de trasladarlas a la DIAN, no así las restantes 13 funciones, que continúan en cabeza de la mencionada Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que al igual que dicho Ministerio continua operando normalmente.

Dicho en otras palabras, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no se encuentra entre las entidades suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, como se explica a continuación, empleando para tal efecto, las definiciones dadas para cada uno de los citados fenómenos por la ley y en su defecto al sentido natural y obvio de las palabras, en aplicación del artículo 28 del Código Civil, así:

CON LA EXPEDICION DE LA LEY 1444 DE 2011 Y EL DECRETO 4176 DE 2011 EL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO NO HA SIDO SUPRIMIDO

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su vigésima segunda edición, consultada en la página web de dicha Academia: <http://www.rae.es>, define

“ **suprimir.**

(Del lat. *supprimere*).

1. tr. Hacer cesar, hacer desaparecer. *Suprimir un empleo, un impuesto, una pensión.*”

Aunque la legislación colombiana, actualmente no prevé una definición legal del alcance de la palabra, la supresión de entidades públicas, se encuentra contemplada en la Ley 489 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, cuyo artículo 52 señala:

“ARTICULO 52. DE LA SUPRESION, DISOLUCION Y LIQUIDACION DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.
2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.
3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.
4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.
5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.
6. Siempre que como consecuencia de la descentralización de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

PARAGRAFO 1o. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

En el caso del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el traslado de dos de las funciones a cargo de su SUBDIRECCIÓN DE DISEÑO Y ADMINISTRACION DE OPERACIONES a la DIAN, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 4176 del 3 de noviembre de 2011, no ha significado, la supresión de dicha Subdirección, como ya se ha explicado, pero muchísimo menos la supresión del citado Ministerio, ya que no ha cesado de ejercer sus funciones, ni ha desaparecido como entidad de la estructura orgánica del estado, sino que por el contrario, continúa operando normalmente, hecho notorio y de público conocimiento, siendo pertinente resaltar que respecto de dicho Ministerio, no se configura actualmente ninguna de las causales de supresión previstas en la norma transcrita.

CON LA EXPEDICION DE LA LEY 1444 DE 2011 Y EL DECRETO 4176 DE 2011 EL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO NO HA SIDO ESCINDIDO

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define:

"escindir.

(Del lat. scindĕre).

1. tr. Cortar, dividir, separar. U. t. c. prnl."

La legislación colombiana, actualmente no prevé una definición legal del alcance de la palabra escisión tratándose de entidades públicas, dado que la norma que contemplaba la figura, esto

es, el artículo 53 de la Ley 489 de 1998 fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-702 de 1999, de otra parte, el alcance de dicho concepto tampoco puede determinarse acudiendo a las normas del Código de Comercio o del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues ellas tienen un carácter especial que las hace inaplicables para efectos de regular la escisión de entidades administrativas nacionales.

En estas circunstancias, la precisión del concepto exige de parte del interprete acudir a lo definido al respecto por la jurisprudencia, en este caso, la de la Honorable Corte Constitucional, que ha interpretado con autoridad el alcance de la palabra escisión en los siguientes términos:

SENTENCIA C- 121 DE 2004: con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, En sustento de la decisión adoptada con dicha providencia, la Corte expuso las siguientes consideraciones:

"Si bien el numeral 7 del artículo 150 del ordenamiento superior, no se refiere expresamente a la figura de la escisión, como lo afirman los demandantes, ella se deriva de la atribución del Congreso de la República para determinar la estructura de la administración nacional, pues, según lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, escindir significa "cortar, dividir, separar", y en ese orden una entidad u organismo del orden nacional puede ser objeto de división o separación con el objeto de lograr más eficiencia en la prestación del servicio, lo cual encaja perfectamente dentro de la facultad del Congreso de determinar la estructura de la administración nacional y, constitucionalmente no existía impedimento alguno para que esa facultad fuera trasladada temporalmente al Presidente de la República."

SENTENCIA C-349/04: Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. En esta oportunidad, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado:

"4. En el lenguaje corriente "escindir" quiere decir tanto como "separar" o "dividir". De similar manera, en sentido jurídico el vocablo escindir debe ser entendido en su sentido natural y obvio, es decir como sinónimo de separación o división. Como consecuencia de la escisión, lo escindido puede desaparecer. Pero también puede solamente verse reducido, por la separación de una o más partes que conformaba la unidad inicial."

Visto lo anterior la Corte estima que, atendiendo al sentido común de la palabra escindir, puede entenderse que jurídicamente la escisión de entidades reviste dos modalidades: una primera en la cual la entidad escindida se disuelve, dando lugar a la creación de otras, resultando suprimida la escindida; y otra, en la cual una o más partes o dependencias de la entidad escindida se separan de ella, pudiendo dar lugar a la creación de otra u otras, pero sin que la inicial desaparezca del mundo jurídico. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirman los demandantes, que la escisión necesariamente conlleve la liquidación y supresión de la entidad escindida."

En el caso del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el traslado de dos de las funciones a cargo de su Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones a la DIAN, no ha entrañado una escisión de dicho Ministerio, por tres razones fundamentales:

1. Porque como consecuencia de dicho traslado funcional el Ministerio no se ha disuelto para dar lugar a la creación a otras, ya que el Ministerio continua existiendo y funcionando y la DIAN, era una entidad preexistente al traslado de dichas funciones.
2. Porque el traslado funcional en comento no ha significado que la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se haya separado de dicho Ministerio, que reiteramos continúa existiendo.
3. Porque para el presente caso, las entidades objeto de escisión fueron las expresamente señaladas por la Ley 1444 de 2011 y no otras, ya que si la voluntad del legislador hubiera sido escindir el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, expresamente lo habría dicho en dicha Ley como en cambio lo hizo para las entidades escindidas, a saber:
 - El Ministerio del Interior y de Justicia, escindido respecto de los objetivos y funciones a cargo del Despacho del Viceministro de la Justicia y el Derecho, para crear el Ministerio de Justicia y Derecho, al cual le fueron asignados. (artículos 1 y 2 de la Ley)
 - El Ministerio de Protección Social, escindido respecto de los objetivos y funciones a cargo del al Despacho del Viceministro de Salud y Bienestar y de Despacho del Viceministerio Técnico, para crear el Ministerio de Salud, al cual le fueron asignados. (artículos 6 y 7 de la Ley)
 - El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, escindido respecto de los objetivos y funciones a cargo los Despachos del Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial y del Viceministro de Agua y Saneamiento Básico, para crear Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, al cual le fueron asignados. (artículos 6 y 7 de la Ley)

CON LA EXPEDICION DE LA LEY 1444 DE 2011 Y EL DECRETO 4176 DE 2011 EL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO NO SE HA FUSIONADO

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define

“fusionar.

1. tr. Producir una fusión. U. t. c. prnl...”

Y a su vez define la palabra fusión como:

fusión.

(Del lat. fusio, -ōnis).

1. f. Acción y efecto de fundir o fundirse.

2. f. Unión de intereses, ideas o partidos..."

Por su parte, en el derecho administrativo colombiano, la fusión de entidades u organismos, entendida como una figura jurídica que le permite al Presidente de la República o a las autoridades territoriales correspondientes, determinar la estructura de la administración, se encuentra regulada, para el caso nacional por la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

Si bien es cierto que el artículo 2 de la Ley 790 de 2002, prevé que el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, en ejercicio de sus facultades extraordinarias, podrá disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional, con objetos afines, creados, organizados o autorizados por la ley, cuando se presente al menos una de las causales contempladas en el citado artículo de la ley, en ausencia de una definición específica para el caso en que dicha fusión se ordene en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo por el Congreso de la República, para una mejor ilustración del alcance de la figura, en el presente caso, nos remitiremos a lo señalado en su parágrafo 1, que explica claramente el alcance de lo que es una fusión de entidades al señalar.

"PARÁGRAFO 1o. La entidad absorbente cumplirá el objeto de la entidad absorbida, además del que le es propio. La naturaleza de la entidad fusionada, su régimen de contratación y el régimen laboral de sus servidores públicos, serán los de la absorbente.

El Presidente de la República, al ordenar la fusión armonizará los elementos de la estructura de la entidad resultante de la misma, con el objeto de hacer eficiente su funcionamiento."

Para el caso del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, observamos que no ha absorbido ni ha sido absorbido por otra entidad, conservando su naturaleza jurídica, régimen contractual, régimen laboral y estructura orgánica inalterados.

CON LA EXPEDICION DE LA LEY 1444 DE 2011 Y EL DECRETO 4176 DE 2011 EL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO NO SE HA TRANSFORMADO

Para el caso del concepto de transformación de una entidad pública, no existe tampoco una definición legal en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual, la delimitación del alcance de dicha expresión, hace necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 28 del Código civil, en virtud del cual:

"ARTICULO 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal."

En este orden de ideas, la necesidad de determinar el sentido natural y obvio de la palabra "transformación" nos lleva a consultar El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su vigésima segunda edición, consultada en la página web de dicha Academia: <http://www.rae.es>, define

"transformación.

(Del lat. *transformatio*, -ōnis).

1. f. Acción y efecto de transformar..."

A su vez el citado Diccionario, define el concepto: "transformar", en los siguientes términos:

"transformar.

(Del lat. *transformāre*).

1. tr. Hacer cambiar de forma a alguien o algo. U. t. c. prnl.

2. tr. Transmutar algo en otra cosa. U. t. c. prnl..."

Para los fines de nuestro estudio, se observa que con la expedición de la Ley 1444 de 2011, como se ha señalado anteriormente, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, no ha sufrido transformación alguna de manera expresa o directa, ya que ni siquiera aparece mencionado en el texto de dicha Ley.

De otra parte, la revisión íntegra del texto del Decreto 4176 de 2011, nos permite concluir que con su expedición, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, conservó su forma y estructura intactas, pese al traslado de las dos funciones tantas veces mencionadas, ya que reiteramos, incluso la Subdirección del Ministerio que originalmente las desempeñaba, continúa en su organigrama, conserva su denominación y sigue prestando las restantes 13 funciones a su cargo. Es decir, que el Ministerio no se ha transformado, precisamente porque no ha cambiado su forma.

En igual sentido, se observa que pese a la expedición de las dos normas en mención, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, conserva intacta su naturaleza jurídica de Ministerio, de tal suerte que no resulta predicable que se haya transmutado en otro tipo de entidad o en alguna otra cosa, a la luz de la definición transcrita, de donde una vez más se concluye que no se ha transformado.

CONCLUSION:

Efectuado el anterior análisis, resulta procedente concluir en primer término que al igual que la DIAN, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no se encuentra entre las entidades suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Presidente de la República, mediante la Ley 1444 de 2011.

Por tal motivo, con la expedición del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011 del Presidente de la República de Colombia, "Por el cual se crea, se determina la conformación y las funciones del Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)", el Gobierno Nacional ha violado el límite sustancial para el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República, en virtud del cual, tales facultades no podían ejercerse respecto de asuntos distintos a aquellos señalados de manera clara, precisa y determinada por el Congreso en la Ley que las otorga (Ley 1444 de 2011).

Lo anterior, porque jurídicamente no se podía derivar del traslado de 2 de las funciones a cargo de una de las Subdirecciones del Ministerio a la DIAN, la potestad para que el Presidente entrara a modificar, como lo hizo, la estructura de esta última entidad creándole un omnipotente Consejo Directivo, so pretexto de estar aplicando las facultad extraordinaria invocada en el Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, es decir, el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, en cuanto tiene que ver con la potestad de señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, sin transgredir el límite sustancial antes mencionado.

Se reitera, en este punto que ni la DIAN, ni el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, fueron objeto de ninguna de las modificaciones jurídicas a su estructura y por lo mismo, el traslado de las dos funciones en cuestión, no pasa de ser precisamente eso, es decir, una reasignación funcional entre entidades, como lo prevé el literal d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, que sirvió de fundamento al Decreto 4176 de 2011, que fue el que la ordenó, y, pretender modificar la estructura de la DIAN, creándole el Consejo Directivo en cuestión, por haber recibido dichas funciones de una entidad que no fue suprimida, escindida, fusionada o transformada, como el Ministerio, rebasa completamente el preciso ámbito de aplicación de la facultad extraordinaria otorgada con el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

Como se observa, el antecedente fáctico que dio lugar a que se creara el Consejo Directivo de la DIAN, citado como fundamento la expedición del Decreto por medio del cual el Presidente de la República determinó su conformación y funciones, fue la presunta necesidad de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participara en el control y direccionamiento estratégico de las decisiones que deba tomar la DIAN, como consecuencia del traslado a esta última entidad de dos (2) de las funciones originalmente a cargo de dicho Ministerio, a saber: la función de llevar y administrar el registro de contratos de importación y explotación de determinados servicios y la de certificar los productos colombianos de origen.

Por lo mismo, legalmente no se puede derivar del traslado de 2 de las funciones a cargo de una de las Subdirecciones del Ministerio a la DIAN, la potestad para que el Presidente entre a modificar la estructura de esta última entidad creándole un omnipotente Consejo Directivo, so pretexto de estar aplicando las facultad extraordinaria invocada en el Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, es decir, el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, en cuanto tiene que ver con la potestad de señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, sin transgredir el límite sustancial antes mencionado.

En **SENTENCIA C-030/99**, con Ponencia del Honorable Magistrado Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, La Corte Constitucional se ha referido a la inconstitucionalidad de las actuaciones adelantadas por el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas con fundamento en el numeral 10 del artículo 150 de la Carta Política, que exceden los límites temáticos materiales fijados por la Ley que las concede, señalando:

"2. El verdadero alcance del exceso en el uso de las facultades extraordinarias

Esta Corte ha sostenido -y debe ahora repetirlo- que, siendo del Congreso la atribución legislativa, su eventual ejercicio por el Presidente de la República, en tanto que extraordinario, es de interpretación estricta, de donde surge la consecuencia de la inexequibilidad de los decretos leyes que el Ejecutivo expida al amparo del artículo 150-10 de la Constitución cuando actúa por fuera del término expresamente señalado en la ley habilitante o se ocupa en la tarea de legislar sobre materias diferentes a las allí contempladas. En tales circunstancias, el Gobierno invade la órbita exclusiva de competencias del legislador ordinario, quebranta la Constitución y desconoce postulados básicos del Estado de Derecho.

La Corte ha rechazado, en consecuencia, toda excusa del Ejecutivo para legislar en virtud de estas facultades por fuera de los perentorios límites que en la materia y en el tiempo ha fijado al respecto el propio Constituyente. Así, no ha aceptado la Corte las facultades implícitas ni tampoco ha permitido que el Presidente incursione en el campo legislativo so pretexto de un artificial encadenamiento entre las materias objeto de la autorización que se le confiere...."

- **VIOLACION AL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 150 DE LA CONSTITUCION POLITICA POR EL EJERCICIO DE FACULTADES REFERIDAS A NECESIDADES DISTINTAS A AQUELLAS PLANTEADAS ANTE EL CONGRESO COMO FUNDAMENTO DE LA SOLICITUD DE SU OTORGAMIENTO Y POR VERSAR SOBRE ASPECTOS DISTINTOS A LOS EXPRESAMENTE SOLICITADOS POR EL GOBIERNO AL CONGRESO.**

Consideramos que el Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, que crea el Consejo Directivo de la DIAN, también resulta contrario al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, por infringir el límite material fijado por el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, en cuanto tiene que ver con el hecho de que:

- I. **Se profirió para atender necesidades distintas a las planteadas ante el Congreso como fundamento de la solicitud de otorgamiento de las facultades extraordinarias al Presidente de la República**
- II. **Por versar sobre aspectos que no fueron expresamente solicitados por el Gobierno al Congreso.**

Frente a este punto en particular, para efecto de la sustentación de los cargos planteados, se hace necesario cotejar la motivación del decreto impugnado, contra los antecedentes de la Ley 1444 de 2011, en la Gaceta del Congreso de la República, y específicamente, los publicados en la Gaceta del Congreso No. 778 del 14 de octubre de 2010, en la cual, se publica la Ponencia para primer debate del proyecto de Ley número 166 de 2010 del Senado, correspondiente al

número 053 de 2010 Cámara de Representantes, señalando el objetivo, la justificación y los propósitos de la expedición de dicha Ley, texto que a continuación nos permitimos transcribir en sus acápites pertinentes y que puede ser cotejado y consultado íntegramente en la Gaceta del Congreso:

"II. Objeto del proyecto

La iniciativa tiene por objeto escindir del Ministerio del Interior y de Justicia, de la Protección Social y el de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, creando los Ministerios de Justicia y del Derecho, de Salud, de Vivienda, Ciudad y Territorio, y Desarrollo Sostenible, así mismo se reorganizan los Ministerios del Interior, de Trabajo y de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para renovar y modificar la estructura de la Administración Pública del orden nacional, con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público, hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública.

III. Justificación

El principal propósito de la reforma administrativa adelantada por el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por la Ley 790 de 2002 fue el de hacer más eficiente la provisión de bienes y servicios por parte de las entidades estatales ajustando su accionar a la realidad presupuestal de la nación y por otro la de lograr la estabilidad en el largo plazo de las finanzas nacionales.

Adicionalmente, se buscaba armonizar la Administración Pública Nacional al Programa de Renovación de la Administración Pública: Hacia un Estado Comunitario, el cual es definido como un ambicioso proceso que buscaba restaurar la estructura de la administración pública colombiana imprimiendo criterios de productividad en el uso de los recursos, a través de un Estado cercano al ciudadano, eficiente, gerencial, austero y social de derecho y de esta forma rescatar la legitimidad de las instituciones.

Es así que, con la finalidad de modernizar y racionalizar el ejercicio de las funciones del Estado, así como de responder a la necesidad de establecer un estado fiscalmente responsable se ordenó la fusión de los Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho, justificada en razones políticas, funcionales y estructurales; se ordenó igualmente la Fusión del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico para convertirse en el hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; se ordenó la fusión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con el Ministerio de Salud con la finalidad de lograr un Ministerio capaz de formular políticas integrales de protección social y de dirigir y controlar su ejecución con una visión institucional coherente, así mismo se buscaba contar con un Ministerio, que por su alcance sectorial pudiera tener una visión completa de los recursos disponibles con el fin de racionalizar su uso, finalmente se buscaba contar con un organismo sólido que representara adecuadamente el sector social, de tal manera que pudiera concertar con los otros

sectores del Estado y la sociedad estrategias de desarrollo en los cuales lo económico estuviera ligado a lo social.

Adicionalmente y con el propósito de concentrar las funciones de regulación del uso del suelo y del ordenamiento territorial, así como la regulación y manejo del agua desde su generación hasta su uso, el Ministerio de Ambiente recibió las funciones de vivienda, agua potable y saneamiento básico y desarrollo territorial del Ministerio de Desarrollo Económico, transformándose en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Ocho años después de las fusiones ordenadas, se encuentra que los propósitos se cumplieron en la fusión del Ministerio de Comercio Exterior y del Ministerio de Desarrollo Económico, pues se ha logrado formular una política efectiva para que las empresas sean más competitivas, se ha formulado una política integral de desarrollo que ha permitido avances en materia de competitividad en los mercados externos, fortalecimiento de la pequeña y mediana empresa como potencial fuente de la demanda exportadora y dinamizadora del comercio interno.

No ocurrió lo mismo con la fusión de los Ministerios de Justicia y del Derecho con el Ministerio del Interior, con la fusión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con el Ministerio de Salud Pública, tampoco con el traslado de la función de Vivienda y Desarrollo Territorial al Ministerio del Medio Ambiente, por las siguientes razones:

Los ahorros fiscales pretendidos como objetivos esenciales de las reformas no se han logrado en el Ministerio del Interior y de Justicia ni en el Ministerio de la Protección Social por cuanto los rubros de servicios personales, como se puede observar en el cuadro que se relaciona a continuación, han regresado a los niveles de gasto del año 2002, como tampoco se logró una mayor eficacia en el desarrollo de la política que formulan estos organismos al interior de su sector, lo anterior se evidencia en que los temas de justicia y de salud se vieron marginados en las respectivas agendas sectoriales, lo cual está afectando la buena prestación del servicio a cargo del Estado.

Ministerio	Antes de la Fusión -2002		Durante la Fusión -2003		Después de lo Fusión (2006)	Después de la Fusión -2010	
	Planta	Gastos de Personal	Planta	Gastos de Personal	Gastos Personal de	Planta	Gastos de Personal
Interior	749	20.883.720.179	484	13.623.611.433	16.496.284.647	524	21.570.056.283
Justicia							
Salud	1.741	46.036.873.561	1.493	35.177.659.131	38.678.238.220	1.683	47.102.102.150
Trabajo							
Medio Ambiente	300	9.207.984.165	338	11.057.951.447	12.362.274.077	362	13.902.113.961
Total< /p>	2.790	76.128.577.905	2.315	59.859.222.011	67.536.796.944	2.569	82.574.272.394

Fuente: Cálculos realizados a partir de información suministrada por la DGPPN del MHCP.

Notas:

- Para los años 2002, 2003 y 2006 los gastos de personal corresponden a la cifra efectivamente pagada, mientras que para el año 2010 los gastos de personal corresponden a la apropiación vigente.
- La información sobre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no incluye la Unidad de Parques Nacionales Naturales.
- Para calcular los gastos de personal del año 2010 en pesos constantes de 2002 se utilizó la meta de inflación establecida por el Banco de la República, equivalente a 3%.

De otra parte se considera necesario privilegiar el tema ambiental y el tema de vivienda como compromisos de la Nación en el entorno mundial.

En las últimas décadas ha sido evidente el creciente impacto que ha tenido, tanto la movilidad en sus diferentes manifestaciones, como la acelerada concentración humana en grandes centros urbanos, que se ha incluido como política pública, no sólo el transporte público, sino también la diversificación del transporte en los diferentes modos.

Lo anterior ha llevado a que cada día se requiera un mejor y más eficiente transporte público que responde a las necesidades actuales, siendo el Estado el ente encargado de la planeación, el control, la regulación y la vigilancia necesaria para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. En este sentido, el régimen sancionatorio adecuado para cada sector se relaciona directa y necesariamente con el cumplimiento de estos objetivos.

Desde la expedición de la Ley 336 de 1996 o Estatuto Nacional del Transporte, se había tenido una mal sana costumbre en el sector consistente en la expedición de Decretos Reglamentarios, a través de los cuales se establecía el Régimen de Sanciones para cada modalidad de Transporte.

Sin embargo, esta costumbre ha hecho metástasis jurídica y operativa en la medida que, a través de varios pronunciamientos, el honorable Consejo de Estado ha determinado que los regímenes sancionatorios de cualquier índole y máxime los relacionados con servicios públicos como el transporte, no pueden ser expedidos a través de decretos reglamentarios.

El honorable Consejo de Estado sustenta su posición en que los regímenes sancionatorios son de reserva legal, lo cual ha llevado a que, actualmente, modalidades de transporte tan importantes y de frecuente utilización como son el transporte terrestre automotor de carga, pasajeros y mixto, carezcan de un régimen sancionatorio vigente, con las consecuencias que ello trae sobre la regular y correcta prestación del servicio público de transporte.

Sumado a lo anterior, podemos encontrar que, en el contexto actual el procedimiento administrativo sancionatorio es bastante complejo, lo cual, aunado a la precaria estructura Administrativa y Financiera de la Superintendencia del Ramo, genera una baja efectividad en la labor de supervisión con el efecto claro de brindar la sensación al sector, que no existe presencia del Estado.

Someter esto a un proyecto de ley corriente implicaría la necesidad de recorrer un proceso de concertación que podría ir en desmedro de las políticas del Gobierno Nacional y un sometimiento a los tiempos que se evidencian con el simple ejemplo, que un proyecto de ley sobre esta materia, está haciendo curso desde hace más de un año, con el resultado de una aprobación en primer debate.

Debe tenerse también presente que, en los últimos años, el régimen jurídico del tránsito ha tenido gran trascendencia pública y dentro de este marco, se le ha otorgado el ejercicio de distintas funciones relevantes para el sector, a diferentes entidades como los organismos de tránsito, centros de enseñanza automovilística, centros de reconocimiento de conductores, centros de diagnóstico automotor, centros integrales de atención, entre otros, sin que para ellos esté previsto régimen sancionatorio alguno. En consecuencia, se hace necesaria la intervención del Estado, con el fin de contrarrestar los efectos negativos que se pueden generar al no existir una vigilancia, supervisión y control en el desarrollo de estas actividades..."

En primer término, la lectura del texto transcrito, nos permite aseverar sin lugar a equívocos que las necesidades expuestas por el Gobierno nacional ante el Congreso de la República como justificaciones para el otorgamiento de las facultades extraordinarias solicitadas fueron tres (3), a saber:

- **La necesidad de corregir los fracasos en materia de ahorro fiscales y eficacia resultantes de las fusiones de los Ministerios de Justicia y del Derecho con el Ministerio del Interior, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con el Ministerio de Salud Pública, y del traslado de la función de Vivienda y Desarrollo Territorial al Ministerio del Medio Ambiente.**
- **La necesidad de privilegiar el tema ambiental y el tema de vivienda como compromisos de la Nación en el entorno mundial.**
- **La necesidad de tener un mejor y más eficiente transporte público que responde en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad a las necesidades actuales el creciente impacto que ha tenido, tanto la movilidad en sus diferentes manifestaciones, como la acelerada concentración humana en grandes centros urbanos y de un régimen sancionatorio adecuado para el sector.**

Por lo anterior, basta con leer la motivación del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, para llegar a la conclusión de que viola por completo el límite de las necesidades expuestas, ante el Congreso para el otorgamiento de las facultades extraordinarias, mediante la expedición de la

Ley 1444 de 2011. La motivación del decreto cuya inconstitucionalidad se solicita sea declarada es la siguiente:

“Que el Gobierno nacional, con el fin de establecer esquemas de gobiernos corporativos que permitan promover mayor eficiencia y efectividad en la administración de los tributos, rentas y contribuciones parafiscales, está concentrado en la reorganización y articulación de funciones a cargo de la administración de ingresos.

Que al Gobierno nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 numeral 20 de la Constitución Política, le corresponde “velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes”.

Que de acuerdo con el numeral 6, artículo 3o del Decreto 4712 de 2008, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene como funciones las de coordinar, dirigir y regular la administración y recaudación de los impuestos que administra la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y la de regular de conformidad con la ley, la administración y recaudo de las rentas, tasas, contribuciones fiscales y parafiscales, multas nacionales y demás recursos fiscales, su contabilización y gasto.

Que de conformidad con lo anterior, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), debe contar con un esquema de gobierno corporativo que le permita asegurar la eficacia, eficiencia e integridad de su gestión y un direccionamiento estratégico de sus decisiones.

Que mediante el uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República mediante la Ley 1444 de 2011, le fueron trasladadas a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), las funciones del Ministerio de Comercio, industria y Turismo de llevar y administrar el registro de contratos de importación y explotación de determinados servicios y certificar los productos colombianos de origen.

Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participe en el control y direccionamiento estratégico de las decisiones que deba tomar la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en relación con las funciones que le fueron trasladadas.

Que el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 concede facultades extraordinarias al Gobierno nacional para “Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado”.

Como se observa, ni la supuesta necesidad de un mal llamado gobierno corporativo que permita a la DIAN, ejercer con una hipotética mayor eficacia, eficiencia e integridad de su gestión, ni la necesidad de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participe en el control y direccionamiento estratégico de las decisiones que deba tomar la DIAN en relación con las funciones que le fueron trasladadas de ese Ministerio, tienen absolutamente nada que

ver con las tres necesidades que fueron expuestas ante el Congreso como fundamento de la solicitud de otorgamiento de las facultades extraordinarias que dio lugar a la expedición de la Ley 1444 de 2011, con lo cual, el cargo, relacionado con que el Decreto 4171 de 2011, se profirió para atender necesidades distintas a las planteadas ante el Congreso como fundamento de la solicitud de otorgamiento de las facultades extraordinarias al Presidente de la República, se encuentra debidamente probado.

En segundo lugar, la lectura del texto transcrito de la Gaceta del Congreso, nos presenta como asunto a resaltar como sustento y prueba del cargo formulado, que NUNCA estuvo dentro del objetivos, justificación y propósitos, expuestos ante el Congreso de la República que dieron lugar a la expedición de la Ley 1444 de 2011, **SIQUIERA LA INTENCIÓN** de efectuar modificación alguna en la estructura orgánica de la DIAN, como se ha hecho con la expedición del Decreto cuya inconstitucionalidad es materia de la presente demanda.

Del mismo modo, es de resaltar que dentro de dichos objetivo, justificación y propósitos, tampoco estuvo nunca el de trasladar a la DIAN, funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que han servido como pretexto al ejecutivo para imponerle a la DIAN, el omnipotente y onnipresente Consejo Directivo, creado con el Decreto impugnado con la presente acción. Antes por el contrario, dentro de la explicación de las justificaciones del proyecto de Ley, se cita a dicho Ministerio, resultante de la fusión del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico, como único ejemplo de éxito de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 790 de 2002.

Con lo anterior, el cargo formulado en cuanto a que el Decreto 4171 de 2011, viola el límite material fijado por la Constitución ya que se profirió sobre aspectos que no fueron expresamente solicitados por el Gobierno al Congreso, como fundamento de la solicitud de otorgamiento de las facultades extraordinarias al Presidente de la República, también se encuentra debidamente probado.

En respaldo de los cargos anteriores expuestos, resulta pertinente referirnos a lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en su SENTENCIA C-306/04 (Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL), la cual en sus apartes pertinentes expresa:

"4.2. Como es sabido, en el contexto de las democracias liberales, la función legislativa, es decir, la actividad estatal dirigida a la creación del derecho positivo, se radica en cabeza de una institución específica del Estado, el Parlamento, en cuanto es éste el órgano de representación popular por antonomasia. En Colombia, los artículos 114 y 150 de la actual Carta Política, al igual que lo hacía el artículo 76 de la Constitución Centenaria de 1886, consagran la cláusula general de competencia, asignándole al Congreso de la República la potestad de "hacer las leyes" y el ejercicio de las funciones que de ésta se derivan.

4.3. Pero al margen de haberse asignado al órgano de mayor representatividad la función legislativa, ésta no es competencia exclusiva y excluyente del Congreso o Parlamento. La complejidad que identifica y caracteriza el funcionamiento del Estado contemporáneo, proyectado en razones de conveniencia, de organización y de celeridad

en el desarrollo de las políticas públicas, ha llevado a reevaluar el antiguo concepto de la separación absoluta de las ramas del poder público, haciendo necesario, en aplicación del principio universal de "colaboración armónica"- imperante en nuestro sistema político (C.P. art. 114)-, que se asigne a ciertos órganos del Estado algunas de las funciones que en principio son privativas de otros; para el caso, que también se asigne a la rama ejecutiva, en cabeza del Gobierno, el cumplimiento de algunas funciones legislativas.

4.4. Dentro de las competencias que en el campo legislativo son reconocidas al Gobierno, resulta de especial interés destacar la institución de las llamadas "Facultades Extraordinarias", en virtud de la cual el propio Congreso Nacional habilita al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley respecto de asuntos y materias determinadas. Siguiendo el criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional^[1], a través del reconocimiento de las facultades extraordinarias el Congreso "confía" al Ejecutivo mediante la figura de la "comisión", el cumplimiento de una labor que por naturaleza le corresponde, pero que a causa del dispendioso procedimiento legislativo, al interés que prima sobre su pronta realización y al hecho de tratarse de asuntos técnicos o complejos conocidos con profundidad por el Gobierno, la misma puede ser llevada a cabo en forma más efectiva y rápida por la Rama Ejecutiva del Poder Público.

4.5. Teniendo en cuenta que el ejercicio de facultades extraordinarias conlleva el desplazamiento de una competencia constitucional de una a otra Rama del Poder Público, o en otras palabras, implica una alteración del reparto ordinario de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo, su ejercicio es por esencia excepcional y de interpretación restrictiva, sujeto al cumplimiento de ciertos presupuestos de orden temporal y material. El carácter excepcional y restrictivo se explica, entonces, por cuanto el propósito inmediato es evitar que la expedición de las leyes, manifestación jurídica del poder soberano, vaya a tener permanente ocurrencia por fuera del foro público, sin que haya lugar a las deliberaciones y debates que por regla general debe anteceder a su aprobación y que son de la esencia de todo sistema democrático.

4.6. En relación con esto último, no sobra recordar que la adscripción de límites claros al ejercicio de las facultades extraordinarias, adquirió en nuestro sistema político mayor relevancia a partir de la expedición de la Constitución de 1991. Teniendo en cuenta que en Colombia tal institución se remonta a las primeras constituciones republicanas, para esa época y durante la vigencia de la Carta de 1886, debido a una especie de indeterminación normativa sobre los alcances de la institución, ésta fue utilizada en forma recurrente, indiscriminada y generalizada por el Congreso y el Ejecutivo, desapareciendo su naturaleza exceptiva y privilegiándose en exceso el carácter presidencialista del régimen vigente.

Con el firme propósito de evitar los abusos y de robustecer al Congreso como instancia de deliberación política, el Constituyente del 91 introdujo modificaciones a la institución de las facultades extraordinarias, dirigidas básicamente a reivindicar su uso restringido y

su naturaleza extraordinaria, constituyéndola así en un verdadero mecanismo de colaboración armónica entre las dos Ramas del Poder Público – Legislativa y Ejecutiva -, cuidándose de no afectar la autonomía e independencia funcional que se reconoce a los distintos órganos del Estado, ni el marco de sus competencias constitucionales más próximas.

4.7. En esa dirección, el artículo 150 de la Carta supeditó el reconocimiento de facultades extraordinarias a la observancia de nuevas condiciones, a saber: (i) la obligación de que la delegación legislativa sea solicitada expresamente por el Gobierno, impidiendo con ello que el Congreso pueda eludir sus responsabilidades al trasladar por iniciativa propia alguna de sus funciones al Presidente de la República; (ii) la exigencia de que las facultades sean aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara legislativa, haciendo más estricto el reconocimiento de competencias normativas al Ejecutivo al descartarse su aprobación por mayoría simple; (iii) la exclusión expresa de facultades para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas y leyes marco y para decretar impuestos, con lo cual se reserva para el Congreso la competencia de legislar en asuntos que por su naturaleza, importancia o complejidad, deben debatirse única y exclusivamente por los cuerpos de representación popular; y (iv) la competencia reconocida al Legislador para que en todo tiempo y por iniciativa propia, reforme y modifique los decretos leyes dictados por el Gobierno con base en las facultades extraordinarias, profundizándose con ello el principio democrático al permitirse que el órgano legislativo conserve la iniciativa en las materias delegables.

Como complemento a la política promovida por la actual Constitución, el dispositivo en cita también mantuvo vigente los requisitos previstos en el ordenamiento anterior (C.P. art. 76-12), como son los de exigir (iv) que la habilitación legislativa solamente pueda otorgarse "cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen"; (v) que la misma se conceda con carácter temporal o "pro tēpore", haciendo este requisito más estricto al impedir que puedan concederse por un término mayor a seis (6) meses; y (vi) que las facultades conferidas sean "precisas".

4.8. Orientada por los criterios de procedibilidad arriba señalados, a propósito de las demandas de inconstitucionalidad formuladas contra leyes habilitantes y decretos con fuerza de ley, la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ha venido evolucionando en favor de una interpretación restrictiva sobre la concesión y ejercicio de las facultades extraordinarias, procediendo a delimitar en forma clara el alcance de las exigencias formales y materiales que lo han requerido, sin dejar de ser cautelosa en su valoración para no vaciar de contenido o hacer nugatorio el ejercicio de esa función exceptiva. Así, a través de distintos pronunciamientos, la Corporación ha procedido a declarar inexecutable aquellas facultades que han sido otorgadas sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Carta e interpretados por la jurisprudencia y, contrario sensu, también ha mantenido vigentes en el ordenamiento jurídico las delegaciones legislativas temporales que se ajustan sin discusión a los parámetros exigidos.

4.9. Para lo que interesa a esta causa, uno de los requisitos materiales de mayor trascendencia en la convalidación del reconocimiento de facultades extraordinarias, que ha sido objeto de interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional, es el referido a la "precisión" en el acto condición propio de la habilitación legislativa. Sobre la exigencia de "precisión", ha dicho la Corporación, en forma por demás reiterada, que a través de la misma se le impone al Congreso la obligación de definir en forma específica, clara, cierta y delimitable, el campo normativo dentro de cual le corresponde actuar al Gobierno, sin que le sea posible hacerlo en forma vaga, ambigua e indeterminada, "puesto que ello representaría una habilitación en blanco al Ejecutivo equivalente a una renuncia inaceptable del Congreso a ejercer la función legislativa que el constituyente le ha confiado"^[2]; circunstancia que, por supuesto, conduce indefectiblemente a la declaratoria de inconstitucionalidad de las facultades otorgadas o de las medidas que por su intermedio fueron expedidas.

En la Sentencia C-050 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía), recogiendo la posición que de manera uniforme ha venido adoptando la Corte desde sus primeras decisiones (Sentencias C-416 y C-514 de 1992, C-398 de 1995, C-503 y C-1252 de 2001, entre otras), esta Tribunal se refirió al requisito de "precisión", en los siguientes términos:

"El que las facultades extraordinarias deban ser "precisas", significa que, además de necesarias e indispensables para el logro de determinado fin, han de ser también puntuales, ciertas, exactas. Ello es explicable, pues son la excepción a la regla general que enseña que de ordinario la elaboración de las leyes "corresponde al Congreso". Así, pues, en tratándose de la competencia para el ejercicio de facultades extraordinarias, no cabe duda de que el Presidente de la República debe discurrir bajo estrictos criterios restrictivos."

Recientemente, en la SENTENCIA C-979 DE 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería), la Corporación reiteró:

"En reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido que los asuntos que compete regular al legislador extraordinario deben describirse en forma clara y precisa, de tal forma que puedan ser "individualizados, pormenorizados y determinados,"^[3] según lo ordena el artículo 150-10 de la Constitución. Así pues, si bien el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias es competente para derogar o modificar leyes expedidas por el Congreso, éstas últimas deben estar claramente establecidas en la ley habilitante."

3. TERCER EVENTO: SEÑALAR, MODIFICAR Y DETERMINAR LOS OBJETIVOS Y LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

La DIAN es una Entidad diferente e independiente de la recién creada Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, circunstancia que por sí misma la excluye de este tercer evento y en consecuencia de la posibilidad de que con fundamento en el mismo y en ejercicio de las

facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República con el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, pueda modificarse su estructura, creándole un Consejo Directivo.

CONCLUSION:

Respetuosamente consideramos, con fundamento en lo expuesto, que la norma impugnada: el Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, decreto con fuerza de ley expedido en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el Congreso, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, contraria el ordenamiento superior vigente consagrado en la Carta Política, por cuanto, hemos demostrado que hubo desbordamiento por parte del Presidente en el ejercicio de dichas facultades con base en las cuales expidió la norma acusada, a materias no contempladas en el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, lo que configura un vicio de fondo, ya que viola el acápite del citado artículo de nuestra Carta política, que se refiere a que el Presidente es revestido por el Congreso de la República de *"...precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley."*

Lo anterior significa además que una vez transgredido por el ejecutivo el límite sustancial de dichas facultades, establecido por el legislativo para el caso del Decreto 4171 de 2011, mediante el literal f) de la Ley 1444 de 2011, único sustento en materia de competencia de la norma acusada, que el Presidente de la República ha expedido una norma sin tener la competencia para hacerlo y dada la ausencia de competencia del productor de la misma, la consecuencia jurídica inequívocamente debe de ser su retiro de nuestro ordenamiento, para evitar la vulneración de la seguridad jurídica del estado, el principio de legalidad y el debido proceso, así como también, el indudable perjuicio que genera a la colectividad estar sujeta al cumplimiento de actos administrativos expedidos por un Consejo Directivo, cuya existencia legal y por ende cualquier actuación, se encuentran viciadas de ilegitimidad e ilegalidad, en tanto el Decreto acusado se encuentre vigente y produciendo efectos.

En igual sentido, consideramos que todos y cada uno de los actos administrativos proferidos hasta la fecha por el Consejo Directivo de la DIAN, organismo creado a través de una actuación viciada por la falta de competencia derivada de la violación de las facultades extraordinarias otorgadas, por tal circunstancia, también contrarían la Constitución y dado que los actos proferidos por ese Consejo directivo, inconstitucional e ilegalmente creado, están produciendo efectos jurídicos, afectan el interés colectivo de los administrados y la seguridad jurídica del Estado, motivo por el cual, con todo respeto solicitamos que, hasta tanto la Honorable Corte emita su pronunciamiento definitivo frente a la presente acción, la norma cuya inexequibilidad demandamos, sea suspendida para evitar mayores daños a nuestro ordenamiento

Ya que como bien lo ha señalado reiteradamente la Honorable Corte Constitucional, " La competencia, en derecho público, equivale a la capacidad en el derecho privado. Pero mientras en éste ésa es la regla, en aquél constituye la excepción, pues los funcionarios sólo pueden hacer aquello para lo que estén expresamente facultados por el ordenamiento. Es ella un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado.

"Asimilar ese requisito a la forma es incurrir en una confusión inadmisible, puesto que a ésa solo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica. La falta de competencia genera, pues, un vicio que hace anulable el acto de derecho público indebidamente producido, así como la incapacidad, en el derecho privado, genera una nulidad que nada tiene que ver con la inadecuada elección de la forma que ha de corresponder al acto, conforme a su naturaleza jurídica." (Corte Constitucional, SENTENCIA C-545 DE 1993, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

Del mismo modo, consideramos que como se acaba de demostrar el decreto impugnado, adicionalmente viola otros dos de los elementos que conforman el límite sustancial o material para la constitucionalidad de cualesquier norma expedida en uso de las facultades extraordinarias previstas en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, a saber, el que exige que las facultades otorgadas de manera excepcional y extraordinario al primer mandatario de los colombianos, sean ejercidas exclusivamente respecto de las necesidades planteadas ante el legislativo como motivación de la solicitud para su otorgamiento y el que impone que tales facultades se ejerzan únicamente respecto de los aspectos solicitados por el Gobierno Nacional al Congreso de la República.

En uno y otro caso, la única medida que puede restablecer el orden jurídico quebrantado, es que por vía judicial la Honorable Corte Constitucional ordene la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico del Decreto 4171 de 2011 y en consecuencia la desaparición del Consejo Directivo inconstitucionalmente creado con el mismo y de cualquier acto administrativo o actuación emanada de dicho organismo durante su ilegítima existencia.

* * * * *

SEGUNDA NORMA INFRINGIDA: numeral 7º del artículo 150 Constitucional.

Transcripción:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta."

Concepto de la infracción:

La violación de este segundo precepto constitucional, se configura con la expedición del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, en la medida que la creación de un organismo como

el Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, se encuentra dentro de la facultad que ordinariamente compete al Congreso de la República, en cuanto tiene que ver con su facultad de determinar la estructura orgánica de las entidades del orden nacional, entre las cuales se encuentra la DIAN.

En relación con la determinación de la estructura de la administración pública en el orden nacional, esto es la creación, fusión, escisión y supresión de entidades y organismos públicos, la Constitución Política contiene tres mecanismos para llevarla a cabo, cada uno de los cuales tiene sus propios límites materiales y de procedimiento. El primero de ellos está consagrado en el artículo 150 numeral 7 Superior, según el cual corresponde al Congreso de la República determinar directamente la estructura de la administración nacional;

En este punto, es menester precisar el cargo señalando que si bien, las funciones asignadas al Congreso de la República por el artículo 150 numeral 7 de la Constitución, pueden ser delegadas en el Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 numeral 10 de la Carta Política, en el presente caso, el desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias que para tal efecto le fueron otorgadas por parte del legislativo, en cuanto a los límites temáticos, establecidos por la ley habilitante (Ley 1444 de 2011), explicados en detalle con ocasión de la sustentación de los cargos precedentes, implica que el ejecutivo se ha abrogado irregularmente la facultad de crear un organismo como el Consejo Directivo de la DIAN, ya que como queda dicho, esta es una facultad ordinaria del Congreso de la República, que no estaba incluida entre las facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo, en el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, que sirve como único fundamento en materia de competencia para la expedición del decreto demandado por inconstitucional.

TERCERA NORMA INFRINGIDA: artículo 113 Constitucional:

Transcripción:

“Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”

Concepto de la infracción:

Mediante la expedición del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, se configura la violación del precepto contenido en el artículo 113 de la Carta política, toda vez que en cualquier sociedad civilizada, máxime en tratándose de un estado social de derecho como el nuestro, un eje fundamental del sistema democrático lo constituye la separación de poderes, consagrado constitucionalmente por el artículo transcrito, el cual contempla para dichos poderes como principios esenciales, la autonomía, independencia y la separación de funciones.

Por lo anterior, este tercer cargo, emana directamente de la violación a los numerales 7 y 10 del artículo 150 de la Carta Política, antes sustentados, toda vez que como reiteradamente lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional, cuando el Presidente de la República es revestido de facultades extraordinarias está doblemente limitado -en el tiempo y en la materia-, toda vez que la función legislativa no es la suya, correspondiéndole al Congreso cuando autoriza al Jefe del Estado para legislar, indicar con precisión cuál será el lapso en que le es permitido hacerlo y cuál será específicamente el asunto o los asuntos a él confiados de manera excepcional y taxativa.

A contrario sensu, cuando el acto presidencial correspondiente se expide cuando el término de las mismas ha expirado, o, como ocurre en el presente caso, se extiende a temas diversos del señalado en la ley de facultades, como lo hemos venido señalando en desarrollo de la presente acción, el Gobierno invade la órbita constitucional propia del Congreso, en una forma de exceso en el ejercicio de las atribuciones conferidas y, por tanto, viola no solamente el artículo 150, numeral 10, sino el 113 de la Constitución Política, al abrogarse el ejecutivo facultades del legislativo y todo el sistema de distribución de competencias entre las ramas del poder público.

CUARTA Y QUINTA NORMAS INFRINGIDAS: artículos 29 Y 6 Constitucionales.

Transcripción:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”

“Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Primer concepto de la infracción:

El artículo 29 de la Constitución Política, dispone que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir, que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la Administración Pública.

En Colombia, toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria, ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

El debido proceso, debe entenderse como una manifestación del estado, que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto de las formas de cada juicio y/o procedimiento.

El debido proceso, comprende un conjunto de principios como el de legalidad, en virtud del cual los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa.

El principio de legalidad entraña el sometimiento del ejercicio de la función administrativa al ordenamiento jurídico en general y comporta la imperativa necesidad de que las decisiones administrativas se adopten de conformidad con las normas vigentes que le sirven de fundamento.

Se trata, desde luego, del sometimiento en primer lugar a la Constitución a la Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo a las normas reglamentarias emanadas de la propia administración, lo que ha sido dado en llamar el "bloque de la legalidad o principio de juridicidad de la administración.

En concordancia con lo anterior y como un límite en el ejercicio del poder por parte de sus autoridades para la protección de los derechos de los administrados, el artículo 6 de la Carta Política de nuestro país, ha fijado el límite de la responsabilidad de sus servidores públicos, al señalar que deben responder por infringir la Constitución y las leyes, pero también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En el caso que nos ocupa, como se ha explicado en la motivación de los cargos anteriores, a las cuales nos remitimos en sustento del presente cargo, el Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, nació a la vida jurídica con extralimitación de las facultades extraordinarias otorgadas por el legislativo al ejecutivo, ya que fue expedido con respecto de necesidades y materias distintas a las expuestas y solicitadas al Congreso de la República por el Gobierno Nacional para el otorgamiento de dichas facultades y se profirió respecto materias no contempladas en el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, que fijaba el límite temático o material para el ejercicio de las mismas.

Como consecuencia de lo anterior, el Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, vulnera el debido proceso en cuanto hace relación al principio de legalidad ya que:

- La norma acusada fue más allá de los límites sustanciales fijados en el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, norma en la cual debía fundamentarse.
- Al expedir el decreto acusado, el Presidente de la República rebasó y extralimitó los límites de su competencia fijados por tratarse de precisas facultades extraordinarias, en el citado literal de la Ley 1444 de 2011.

Pero además, la violación al artículo 29 de la Constitución política, se concreta en el caso del Decreto 4171 de 2011, porque dentro del principio del debido proceso de los actos administrativos, ocupa un lugar importante su debida motivación, la cual, tampoco se cumple en el caso del decreto demandado.

La violación flagrante al límite de las materias sobre las cuales se puede ejercer la facultad extraordinaria de la cual fue investido el Presidente, mediante el literal f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, corresponde a una indebida, por no decir, falsa motivación del Decreto 4171

del 3 de noviembre de 2011, que en un sentido amplio de la palabra Ley, vicia de ilegalidad la creación del Consejo Directivo de la DIAN y que en una sana lógica debería generar la desaparición de la vida jurídica de dicho Consejo, por vía de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que lo ha creado.

En efecto, los considerandos que sirven de motivación al citado Decreto encontraremos que expresamente señala:

“Que mediante el uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República mediante la Ley 1444 de 2011, le fueron trasladadas a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de llevar y administrar el registro de contratos de importación y explotación de determinados servicios y certificar los productos colombianos de origen.

Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo participe en el control y direccionamiento estratégico de las decisiones que deba tomar la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en relación con las funciones que le fueron trasladadas.”

En virtud de lo anterior, si en gracia de discusión y solo para esos efectos, se llegase a aceptar la creación del Consejo Directivo de la DIAN, en ejercicio de la facultad extraordinaria prevista en el literal f) tantas veces mencionado, atendiendo la motivación transcrita del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, que es el que determina su conformación y las funciones a su cargo, la totalidad de las funciones en cabeza de dicho Consejo tendrían que estar referidas, específicamente a las dos funciones trasladadas, que como se ha señalado fueron las de fijar criterios de origen y expedir la certificación de los productos colombianos con destino a la exportación y administrar el registro de comercio exterior de usuarios importadores y exportadores, de contratos de importación de tecnología y de exportación de servicios y demás usuarios del comercio exterior, y expedir las certificaciones pertinentes, funciones que pasaron a ser competencia de la DIAN.

Sin embargo, con la simple lectura de las funciones asignadas al Consejo Directivo de la DIAN, En el artículo 2 del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, se aprecia una segunda causal de falsa motivación del citado decreto, ya que se le han otorgado facultades muchísimo más amplias que exceden por completo las 2 funciones específicas que dieron lugar a su creación y que por el contrario, afectan la totalidad de los aspectos: estratégicos, de planeación, normativos, presupuestales, de supervisión, funcionales, estructurales, salariales, de manejo de personal e.t.c., que afectan a la totalidad de las áreas de la entidad. Baste con revisar dichas funciones como prueba de lo aseverado:

De las funciones previstas en el citado artículo, ninguna tiene que ver con la certificación de origen de los productos colombianos ni con la administración de los registro de comercio exterior, materias específicas de las funciones trasladadas del Ministerio de Comercio Industria y Turismo a la DIAN y por lo mismo, se configuraría la falsa motivación del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, situación que entraña la violación al debido proceso en cuanto hace relación al principio de juridicidad de la administración, que debe regir sus actuaciones,

La revisión del artículo 3 del Decreto 4171 de 2011, termina de configurar la burla a la ley, en cuanto hace relación a la motivación del mismo decreto, ya que pese a que el pretexto para poder conformar el Consejo Directivo, en procura del mal llamado "gobierno corporativo", según sus propias consideraciones, fue la necesidad de dar participación al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en las decisiones de la DIAN, relacionadas con las funciones trasladadas de dicha entidad a la DIAN, resulta sorprendente ver como la conformación regular de dicho Consejo, olvidando para que fue creado, no incluye a ningún representante de dicha cartera ministerial.

En efecto, la conformación del Consejo Directivo es la siguiente:

"ARTÍCULO 3o. CONFORMACIÓN. El Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para el cumplimiento de sus funciones, estará integrado por:

- 1. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien la presidirá.***
- 2. El Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).***
- 3. El Director General de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).***
- 4. Tres (3) miembros:***

El delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público será un empleado del nivel directivo de la entidad.

PARÁGRAFO 1o. La Secretaría Técnica del Consejo Directivo la ejercerá el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)."

No sabemos porque misterioso designio del destino, de la conciencia o de la vergüenza de alguno de los redactores del decreto, en el párrafo 3º. del mismo artículo, por vía de excepción la memoria retorna y se vincula a dicho Ministerio, resaltando la falsedad de la motivación del decreto acusado, paradójicamente **CON VOZ PERO SIN VOTO**, en los siguientes términos:

"PARÁGRAFO 3o. Si dentro del orden del día a tratar en la reunión se encuentran temas relacionados con las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo trasladadas a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se deberá invitar al Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado, quien participará con voz pero sin voto."

Por las razones expuestas el Decreto 4171 de 2011, además de infringir las normas en que deberían fundarse y haber sido expedido por funcionario incompetente, con desviación y extralimitación de las atribuciones propias, se ha proferido mediante falsa motivación, violando así el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución política, en cuanto atañe al principio de legalidad, por cuanto corresponde a una actuación abusiva, realizada por fuera de los mandatos constitucionales y legales vigentes, de obligatorio cumplimiento para el Presidente de la República en aplicación del artículo 6 de la Carta.

Segundo concepto de la infracción:

Se presenta una segunda violación al debido proceso y al principio de legalidad por indebida motivación del decreto acusado, ya que adolece de una indebida motivación completamente alejada de la realidad y de la naturaleza de la entidad pública cuya estructura pretende modificar, a la cual, trata como una corporación o gran empresa privada, cuando en realidad es una unidad administrativa especial.

En efecto, no se puede perder de vista que una unidad administrativa especial como lo es la DIAN, corresponde en su esencia y naturaleza jurídica ante todo a una entidad pública y no una empresa privada cuyos accionistas soportados en su capacidad económica y en su ánimo de lucro se puedan reunir a tomar decisiones empresariales que marquen el derrotero de su inversión.

En efecto, si consultamos la motivación del Decreto 4171 de 2011, se observa que de manera errada y antitécnica se señala que el mismo se expidió considerando entre otros aspectos:

"Que el Gobierno nacional, con el fin de establecer esquemas de gobiernos corporativos que permitan promover mayor eficiencia y efectividad en la administración de los tributos, rentas y contribuciones parafiscales, está concentrado en la reorganización y articulación de funciones a cargo de la administración de ingresos.(...)"

Que de conformidad con lo anterior, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), debe contar con un esquema de gobierno corporativo que le permita asegurar la eficacia, eficiencia e integridad de su gestión y un direccionamiento estratégico de sus decisiones."

En este sentido, la motivación del decreto acusado resulta ser antitécnica y ajena a la realidad, además de que deliberadamente parte de una visión errada de la naturaleza jurídica de la entidad cuya estructura pretende modificar, ya que para poder darle un Consejo Directivo, se olvida de la naturaleza jurídica de la DIAN, como entidad de derecho público, queriendo darle el tratamiento de una empresa de derecho privado.

Lo anti técnico del decreto se deriva de una mala aplicación del alcance del concepto "corporativo" en el sector público, concretamente, porque una entidad pública como la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, no puede ser asimilada y considerada como una corporación que en esencia es el calificativo que se le da a las grandes empresas privadas.

Para establecer el alcance de la palabra corporativo, es menester consultar la definición que del mismo trae el Diccionario de la Real academia Española de la Lengua, a saber:

gobierno.

1. m. Acción y efecto de gobernar o gobernarse.

gobernar.

(Del lat. *gubernāre*).

1. tr. Mandar con autoridad o regir algo. U. t. c. intr.
2. tr. Dirigir un país o una colectividad política. U. m. c. intr.
3. tr. Guiar y dirigir. *Gobernar la nave, la procesión, la danza*. U. t. c. prnl.
4. tr. Manejar a alguien, ejercer una fuerte influencia sobre él.

corporativo, va.

(Del lat. *corporativus*).

1. adj. Perteneciente o relativo a una corporación. *Informe corporativo*.

corporación.

(Del ingl. *corporation*, y este del lat. *corporatio*, -ōnis).

1. f. Organización compuesta por personas que, como miembros de ella, la gobiernan.
2. f. Empresa, normalmente de grandes dimensiones, en especial si agrupa a otras menores.

A continuación resulta oportuno señalar que en sus orígenes, la palabra corporación, no es propia de nuestro lenguaje, sino una adaptación del término anglosajón CORPORATE LAW; En Estados Unidos, este término se aplica al derecho que rige a las empresas. Así se podría aventurar a dar un concepto preliminar del derecho corporativo estableciendo que es el derecho de las empresas.

La Empresa ha sido definida de muy diversas formas, así tenemos que confórmela diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "*Es la entidad integrada por capital y trabajo como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios, con fines lucrativos y la consiguiente responsabilidad.*"

En nuestro país, la empresa es la unidad económico-social en la que el capital, el trabajo y la dirección se coordinan para realizar una producción socialmente útil, de acuerdo con las exigencias del bien común. Los elementos necesarios para formar una empresa son: capital, trabajo y recursos materiales.

En economía, la empresa es la unidad económica básica encargada de satisfacer las necesidades del mercado mediante la utilización de recursos materiales y humanos. Se encarga, por tanto, de la organización de los factores de producción, capital y trabajo.

Nuestro Código de Comercio, define en su artículo 25 que empresa es "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios."

Esencialmente el concepto de empresa se encuentra referido a las actividades de las personas jurídicas.

Nuestra legislación define en el artículo 633 del Código Civil, a las personas jurídicas así: **"Se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".**

Las personas jurídicas se clasifican en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado.

Las personas jurídicas de derecho público se caracterizan por las condiciones:

- *Su establecimiento o creación:* Son creadas mediante acto estatal (Constitución Política, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, entre otras).
- *Su patrimonio:* su funcionamiento se costea siempre con presencia de fondos oficiales que el Estado recauda a través de los impuestos de toda índole.
- *Su administración:* son administradas y gobernadas mediante órganos públicos.
- *Su duración:* es permanente o indefinida.

Una rápida mirada a nuestra Constitución Política, nos permite establecer que las personas jurídicas de derecho público en Colombia son:

1. La nación: Es un ente territorial y la persona jurídica más grande e importante de todas. En su nombre actúan:

- La Presidencia de la República
- Los Ministerios
- Los Departamentos Administrativos
- Las Unidades Administrativas Especiales (UAE)
- Las Superintendencias
- Las Entidades Descentralizadas
- Los Establecimientos Públicos
- Los Consejos Superiores de la administración
- Los institutos científicos y tecnológicos

- Otras entidades administrativas con personería jurídica que cree formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público (Ley 489 de 1998).
- El Banco de la República
- Entes universitarios autónomos
- Corporaciones autónomas regionales
- Comisión Nacional de Televisión
- El Congreso de la República
- La Rama Judicial del Poder Público
- La organización electoral, representada por El Consejo Nacional Electoral y la Registraduría
- del Estado Civil.
- El Ministerio Público (Procuraduría Defensoría del Pueblo).
- La Contraloría General de la Nación.

2. Los Departamentos, que son otro ente territorial. En su nombre actúan:

- La Gobernación Departamental
- La Asamblea Departamental
- Los departamentos administrativos departamentales

3. Los Municipios y Distritos, que según la Constitución Política, son el ente territorial fundamental. En su nombre actúan:

- la Alcaldía Municipal
- El Consejo Municipal
- Los departamentos administrativos municipales

4. Los territorios indígenas

5. Las provincias y las regiones, aunque están pendientes de reglamentación

6. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica.

7. Las empresas industriales y comerciales del Estado –EICE- Pueden ser del orden nacional, departamental o municipal.

8. Las empresas sociales del Estado –ESE-. Pueden ser del orden nacional, departamental o municipal.

9. Las sociedades públicas y sociedades o empresas de economía mixta.

En cuanto a las personas Jurídicas de Derecho Privado el tratadista Arturo Valencia Zea, las define señalando que son aquellas que se establecen mediante la iniciativa de los particulares (negocio jurídico), su funcionamiento se realiza mediante un patrimonio particular y son administrados por órganos que no forman parte de la organización pública.

Las personas jurídicas privadas, se dividen en dos: Las *asociaciones sin animo de lucro* y las *asociaciones con ánimo de lucro*.

Las *asociaciones sin ánimo de lucro*, buscan un bienestar, ya sea físico, intelectual, moral, social o espiritual de los asociados. Siempre va en procura de un mejoramiento cultural, de la propagación de sus valores y de defender sus intereses profesionales. Según lo que busque y como se conforme, las asociaciones sin animo de lucro están divididas en:

- **Corporaciones:** entes colectivo formados por un numero determinado de personas las cuales buscan el bienestar de los asociados, ya sea físico, moral o intelectual. Como por ejemplo los clubes.
- **Fundaciones:** Son conjuntos de bienes dotados de personería jurídica y destinado a un fin especial de beneficencia o de educación publica. Un ejemplo de esto es un hospital o una universidad.
- **Sindicatos:** - *Asociaciones* que tienen como finalidad la defensa, moral y económicamente, de los interese de sus afiliados.
- **Cooperativas:** son asociaciones voluntarias de personas en la que se unen esfuerzos con el propósito de beneficiar a los miembros de la cooperativa.

Las *asociaciones con animo de lucro*, son las que constituyen los particulares para la realización de actos permitidos por la ley y con finalidad eminentemente lucrativa. Estas asociaciones se pueden dividir en:

- **Colectivas:** Son formadas por dos o mas socios que responden solidariamente e ilimitadamente por operaciones sociales, la administración corresponde a todos.

- **En Comandita:** Se forma por uno o más socios llamados gestores o colectivos y son los que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otros llamados comanditarios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Las sociedades en comandita se dividen en dos:
 - Las simples si el capital social es conformado por los aportes de los socios comanditarios o con la de los socios colectivos simultáneamente.
 - Por acciones, que es cuando el capital de la asociación esta representado en títulos de igual valor (acciones), esta sociedad requiere de mas de cinco accionistas para conformarse.
- **Anónimas:** Es formada por la reunión de un capital o fondo dividido en acciones de igual valor, suministrado por accionistas responsables hasta el valor de sus respectivos aportes, es administrada por gestores temporales y revocables.
- **De responsabilidad limitada:** Conformada por dos o más socios pero sin pasar de los veinticinco, responden por el monto de sus aportes. El capital de la sociedad que estará dividido en cuotas de igual valor debe pagarse en su totalidad a la hora de su constitución.
- **Extranjeras:** Constituidas bajo la ley de otro país y con su domicilio en otro país.
- **Sociedades por Acciones Simplificadas**
- **Empresas Unipersonales**

Como se observa, las corporaciones, son mencionadas entre las personas jurídicas de derecho público, solo al referirse a las Corporaciones Autónomas Regionales, las cuales, son entes corporativos de carácter público, creados por la Ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargadas por la Ley de administrar dentro del área de jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del ramo.

Así mismo, las corporaciones son mencionadas entre las sociedades de derecho privado, concretamente entre las asociaciones sin ánimo de lucro, y corresponden a entes colectivos que surgen de la voluntad de varias personas pueden ser naturales o jurídicas cuyo objeto social va dirigido hacia la comunidad en general o a un grupo de asociados o corporados para propender por el bienestar de determinado sector social, colectividad o gremial.

Por último, existe una tercera clase de corporaciones, definidas en el estatuto financiero (Decreto 663 de 1993), son las **Corporaciones Financieras**, aquellas corporaciones que tienen por función principal la captación de recursos a termino por medio de depósitos o de instrumentos de deudas de plazo, con el fin de realizar operaciones activas de crédito y efectuar inversiones, cuyo objeto primordial es fomentar o promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas en los sectores que establezcan las normas que regulan su actividad.

Es de anotar que el mismo Estatuto contemplaba la existencia de una cuarta clase de corporaciones, las **Corporaciones de Ahorro y Vivienda**, definidas como aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos para realizar primordialmente operaciones activas de crédito hipotecario de largo plazo. No obstante, desaparecieron de la vida jurídica, por efecto de la expedición de la Ley 546 de 1999, en virtud de cuyo artículo 5 se convirtieron en bancos comerciales.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la DIAN esta organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, resulta claro que por su naturaleza jurídica legalmente no corresponde a ninguna de las clases de corporaciones previstas en nuestra legislación, ya que no es una corporación autónoma regional, no es una corporación sin ánimo de lucro y no es una corporación financiera, de tal suerte que respecto de la DIAN, jurídicamente es a todas luces inaplicable e inadmisibile la imposición o siquiera el empleo de la expresión gobierno corporativo.

Por tal motivo, desde sus considerandos, el Decreto 4171 de 2011, está viciado de una indebida motivación que atenta contra el debido proceso y el principio de legalidad, ya que no hay norma alguna que por lo cual, resulta abiertamente inconstitucional.

Ahora bien, si con fines teóricos y solo para esos efectos, siendo laxos empleamos un alcance más amplio de la expresión corporativo, encontraremos que se suele emplear para referirse a lo que tiene que ver con las grandes empresas y en este orden de ideas, el derecho corporativo puede ser definido como la rama del derecho empresarial que estudia y regula la gran empresa y su incidencia en las ramas del derecho.

Sin embargo, es esa visión errada de los conceptos corporación y corporativo, lo que ha conducido a referirse anti técnicamente a que existe un gobierno corporativo público, relacionando la noción a las actividades encaminada a desarrollar competencias de las entidades públicas, fortaleciendo los campos de la **Eficiencia, la Transparencia y el Control del Sector Público**. Obviamente, este uso indebido de los conceptos en cita, no puede tener cabida válidamente en el mundo del derecho, muchísimo menos en una norma como la

acusada que pretende modificar la estructura de una entidad pública que por su naturaleza no puede ser calificada como corporación porque no lo es.

En Colombia, el uso indebido de la noción gobierno corporativo, derivado de la creciente extranjerización de nuestro idioma atendiendo el ya mencionado origen estadounidense de la palabra corporación, es tan generalizado que podemos ubicar su origen en el ámbito bursátil dentro del cual, con la expedición de la Resolución 271 de 2005, la Superintendencia de Valores lo incorporó como código de buen gobierno impuesto a los emisores de valores, haciéndolo consistir en la adopción de una serie de lineamientos encaminados al establecimiento de buenas prácticas comerciales tendientes a garantizar la orientación estratégica de la empresa privada, al control efectivo de la dirección ejecutiva por parte del Consejo Directivo de la misma y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los accionistas, para generar la confianza del inversor nacional y extranjero en la empresa en el marco de una economía de mercado.

Es de resaltar aquí que si se hiciera equivaler la noción de corporación a la de gran empresa, obviamente nos encontraríamos en el ámbito del derecho privado, donde los socios o accionistas que han invertido su capital para conformar una empresa obviamente deberían poder tener acceso al mal denominado gobierno corporativo, ya que es su capital como socios el que esta en juego con cada actuación o inversión que el ente colectivo efectúe, por ejemplo en la bolsa de valores.

No sucede lo mismo en el caso de una unidad administrativa especial como la DIAN, Entidad responsable del recaudo de los tributos del orden nacional, que cuenta con un patrimonio propio, conformado integralmente por fondos o recursos oficiales, dentro del presupuesto nacional y en el cual, no hay ni un solo peso que corresponda a una inversión de capital privado.

La DIAN, como entidad pública dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no tiene socios, accionistas o inversionistas, con un mejor derecho para asumir su "gobierno", ya que Ante la DIAN, en aplicación del principio de igualdad ante la ley, todas las personas, desde los más humildes asalariados y personas del común, hasta los más acaudalados o lo encumbrados representantes de los gremios y demás grupos de interés, no son inversionistas que disponen libremente cuanto y cuando van a participar en un negocio de la manera más lucrativa, sino contribuyentes, obligados para con el estado al pago de tributos por la configuración de hechos generadores de los mismos.

En este punto, con el debido respeto, sin el ánimo de molestar u ofender a nadie y solo a título de ejemplo ilustrativo, nos permitimos plantear que la DIAN al igual que la Fiscalía es un órgano eminentemente de control, la diferencia básica es que la DIAN lucha contra la evasión y el contrabando, controlando que los contribuyentes y usuarios aduaneros efectivamente paguen los tributos del orden nacional que les corresponden, en tanto que la Fiscalía se encarga de luchar contra el delito en todas sus formas y manifestaciones, es decir, que también tiene personas que controlar, en su caso los delincuentes. Por lo cual, entregar el control de la DIAN, a los contribuyentes bajo el supuesto errado de que son socios inversionistas en la misma y que

los tributos que pagan al fisco no son tributos sino inversiones, equivaldría a que la Fiscalía conformara su propio Consejo Directivo e invitara a participar en el a un representante de cada uno de las formas de delincuencia que hay en el país para consultarles y permitirles decidir acerca de la forma en que debe ejercer su función constitucional de combatirlos.

Por las razones expuestas, el Decreto 4171 de 2011, viola el debido proceso y el principio de legalidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución y debe desaparecer de la vida jurídica.

SEXTA, SEPTIMA Y OCTAVA NORMAS INFRINGIDAS: artículos 13, 25 y 40 Constitucionales.

Transcripción:

"ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados."

"ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse."

Concepto de la infracción:

Al leer los considerandos del Decreto 4171 de 2011, Dentro de la motivación que de acuerdo con la norma demandada da lugar a la necesidad de crear un Consejo Directivo para la DIAN, encontramos lo siguiente:

"Que el Gobierno nacional, con el fin de establecer esquemas de gobiernos corporativos que permitan promover mayor eficiencia y efectividad en la administración de los tributos, rentas y contribuciones parafiscales, está concentrado en la reorganización y articulación de funciones a cargo de la administración de ingresos....

Que de conformidad con lo anterior, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), debe contar con un esquema de gobierno corporativo que le permita asegurar la eficacia, eficiencia e integridad de su gestión y un direccionamiento estratégico de sus decisiones."

De otra parte, al revisar el artículo 3 del Decreto acusado, que se refiere a la conformación del Consejo directivo de la DIAN, encontramos que, tras haberse señalado en sus numerales 1 a 3 que el mismo estará conformado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), su numeral 4 señala:

"...4. Tres (3) miembros."

A su turno, el párrafo 2 de la norma en cita, señala:

*PARÁGRAFO 2o. El nombramiento de los **tres (3) miembros independientes** estará sujeto a un proceso de selección y evaluación que asegure que los mismos tengan la idoneidad técnica necesaria.*

Dicho proceso se definirá en el reglamento del Consejo Directivo. (Se resalta y subraya)

El Estado Social de Derecho, tal y como quedó consagrado en nuestra Constitución, significa una conciliación entre los principios del liberalismo clásico y del liberalismo intervencionista para lograr "un orden político, económico y social justo"; entre dichos principios, se encuentra el principio de igualdad ante la Ley.

El legislador en su papel de intérprete principal de la Constitución debe procurar por intermedio de las leyes que se establezcan las condiciones para alcanzar una igualdad real y efectiva entre todas las personas.

Para la Corte Constitucional el derecho de igualdad implica:

El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, 60 revista de derecho, universidad del norte, 18: 58-84, 2002 etc., dimensiones todas esas que en justicia deben ser relevantes para el derecho. (Sentencia T-432 de junio 25 de 1992). (El subrayado es nuestro).

Para el caso del Decreto 4171 de 2011, la violación al citado principio elevado a precepto de orden constitucional en el artículo 13 de la Carta, se configura tal como se explica a continuación:

Mediante la expedición del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011 del Presidente de la República de Colombia, objeto de la presente demanda, "Por el cual se crea, se determina la

conformación y las funciones del Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)", dicha Entidad ha sido objeto de una modificación trascendental en su estructura orgánica y funcional al incorporarse en su organigrama, una nueva dependencia rectora, dotada de un poder decisorio casi ilimitado en todos los asuntos trascendentales que orientan y rigen la planeación, la toma de decisiones, el manejo de sus recursos y la ejecución de sus funciones.

Es así como, el artículo segundo del Decreto en cuestión, le ha entregado al Consejo Directivo de la DIAN, creado por su artículo primero, el pleno control del funcionamiento y de los destinos de la Entidad asignándole funciones que le permiten ejercer ese control y tomar las decisiones con respecto del cuando, como y para que, ha de ejercer las funciones institucionales desde varias perspectivas, a saber:

El Decreto acusado, en su artículo 2º, le ha dado al Consejo Directivo de la DIAN, el control estratégico de la Entidad, facultad que le permitirá decidir la orientación de sus políticas y acciones de control, recaudación y administración de la totalidad de los tributos del orden nacional y adicionalmente, el manejo permanente de las mismas, al asignarle las siguientes funciones:

"1. Aprobar el Plan Estratégico de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y velar por su cumplimiento.

2. Asesorar al Director General en la adopción de las políticas de administración de tributos, aduanas y control al régimen cambiario.

3. Evaluar los informes que le sean presentados por el Director General, con el fin de hacer seguimiento oportuno y efectivo del cumplimiento de las políticas y los objetivos estratégicos trazados, así como la revisión permanente de las mismas con el fin de llevar a cabo su actualización y ajuste cuando resulte necesario.

6. Solicitar el análisis de impacto de aquellas iniciativas que a juicio del Consejo requieran de seguimiento en su aplicación

7. Conocer las evaluaciones de ejecución presentadas por el Director General de la DIAN y proponer correctivos cuando sea necesario."

De igual manera, el Decreto 4171, le ha entregado al Consejo Directivo el control jurídico de la Entidad, al asignarle como funciones:

"4. Aprobar, a propuesta del Director General y de conformidad con la política que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el plan general de expedición normativa de la entidad.

5. Hacer seguimiento a la ejecución del plan general de expedición normativa y a las normas que sean expedidas por fuera del mismo."

Del mismo modo, la norma en comento, le ha entregado al Consejo Directivo el poder decisorio frente al presupuesto, estructura funcional y recurso humano de la Entidad, al asignarle las siguientes funciones.

8. Aprobar el Proyecto de Presupuesto Anual de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

9. Aprobar los planes y programas, que conforme a la Ley Orgánica del Presupuesto se requieran para su incorporación a los planes sectoriales, y a través de estos, al Plan Nacional de Desarrollo.

11. Aprobar las modificaciones a la estructura y planta de personal de la entidad para su adopción por el Gobierno nacional.

También se le ha encomendado al Consejo Directivo, el manejo del control de calidad en la Entidad, al otorgarle facultades para:

10. Formular y adoptar, a propuesta del Director General, la política de mejoramiento continuo de la entidad, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo.

12. Adoptar los lineamientos generales de la política institucional de gestión de calidad.

Como si el omnipotente y omnipresente poder otorgado al Consejo Directivo fuera poco, la norma acusada le confirió además el poder de autorregularse al permitirle.

"13. Dictarse su propio reglamento."

Si revisamos el artículo 3 de la norma acusada, encontraremos que además de la presencia en el Consejo directivo de la DIAN, del Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), servidores públicos cuya presencia en el mismo, funcionalmente se halla plenamente justificada por los asuntos que le corresponde manejar a dicho Consejo, a renglón seguido encontramos que su numeral 4 prevé la presencia de 3 miembros, sin entrar a calificar quienes son, porque y a que título o con que derecho van a formar parte del mismo, ni las calidades personales o profesionales que deben ostentar para acceder a dicho Consejo.

Luego, su parágrafo 2, le agrega a estos 3 miembros anónimos el calificativo de "independientes" y somete su elección a "...un proceso de selección y evaluación que asegure que los mismos tengan la idoneidad técnica necesaria."

La norma en comento que a primera vista parecería resultar contraria al cargo, dado que está redactada de tal forma que da a entender que cualquier ciudadano podría acceder a las 3 vacantes en comento, contrariamente a lo que podría parecer, dada la oscuridad de su redacción resulta abiertamente contrario, no solo al principio en virtud del cual, no puede haber en la estructura del gobierno colombiano cargo alguno que no tenga legalmente definidas sus funciones y los requisitos para acceder al mismo, sino también al derecho de igualdad, ya que es claro que independientemente de las personas en quienes recaiga la elección para ocupar dichos cargos, al no existir requisitos objetivos previamente definidos y regulados por la ley, cualquier elección que se haga resultará violatoria de los derechos consagrados en las normas

que se consideran infringidas, a saber. los artículos 13, 25 y 40 de la constitución política, ya que:

En Colombia por mandato constitucional, todas las personas nacen iguales ante la ley, de modo que ante una norma, como la acusada que no se refiere concretamente a calidades ni requisitos para el acceso a los 3 cargos en comento, el derecho a la igualdad ante la Ley de cualquier persona no electa o aún más ni siquiera llamada a participar de dicho proceso de selección, indudablemente resultaría vulnerado y facilitaría que, como sucede en la práctica con la conformación del Consejo Directivo de la DIAN, la elección quede al arbitrio de los intereses de clase del gobierno o de las directivas de la Entidad o dependa de condiciones tales como la condición económica, o el origen gremial de sus integrantes. Prueba de ello la constituye el ANEXO II de la presente demanda.

En efecto, no tenemos conocimiento de que se haya invitado a ningún ciudadano del común, a nadie verdaderamente independiente en términos de su actividad económica, ni a ningún representante de las clases menos favorecidas a participar del proceso de selección y sinceramente dudamos que de haberlo hecho dado el carácter elitista y neoliberal imperante y la falta de reglas claras de elección hubiesen tenido siquiera alguna remota opción de ser elegidos.

El artículo 3 del Decreto 4171 de 2011, viola el derecho a la igualdad ya que ante el vacío y falta de reglamentación legal y clara que le caracteriza, propicia que sean las desigualdades económicas y sociales que dicho principio busca aminorar, las que terminen imponiéndose, como sucede en la DIAN, cuyo Consejo Directivo, en la práctica, no pasa de ser un club minoritario y excluyente de ricos, decidiendo acerca de los destinos tributarios de la mayoría, conformada por los menos favorecidos que carecen de una voz que los represente en tan alta instancia.

Como consecuencia de lo expuesto, es además y precisamente el derecho a acceder a un trabajo en condiciones dignas y justas, consagrado en el artículo 25 de la Carta, el que también se vulnera cuando se deja una norma en blanco como la impugnada, ya que en nuestro humilde concepto, cuando la ley calla acerca de los requisitos que se deben acreditar para hacerse merecedor de uno de los tres cargos en el Consejo Directivo objeto de cuestionamiento, tienen el mismo derecho a acceder a los mismos, el presidente de BAVARIA, FEDEGAN, FENALCO o la ANDI, que un humilde asalariado o cualquier desempleado.

Por las mismas razones y con el mismo alcance, se estima violado el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política, norma en virtud de la cual, todos los ciudadanos tienen derecho al desempeño de funciones y cargos públicos.

La violación a las normas señaladas resulta aún más evidente y aberrante, si tomamos en consideración que el inciso segundo del párrafo 2 del artículo 3 del Decreto acusado, al referirse al proceso de selección de los miembros del Consejo Directivo de la DIAN, prevé que: *"Dicho proceso se definirá en el reglamento del Consejo Directivo."*, si se tiene en cuenta que el numeral 13 del artículo 2º del mismo decreto, prevé que dicho decreto tiene entre sus facultades la de dictarse su propio reglamento. Con todo respeto y sin pretender faltar a la compostura que demanda acudir ante el máximo Tribunal del país, lo anterior equivale a que en

la práctica la escogencia de los supuestos miembros entre comillas: "independientes" del Consejo Directivo de la DIAN, se haya convertido en una elección entre industriales, como se puede corroborar si se revisa su conformación actual (ver anexo)

En un estado social de derecho como el nuestro, si la Constitución realmente opera, como en el deber ser se espera que lo haga), y no es solo letra muerta, no se puede admitir que la ley admita la existencia de castas, ni la clasificación de ciudadanos de primera, segunda y tercera clase, categorizados por su capacidad económica o su origen familiar o gremial, ya que si eso fuera así, los preceptos constitucionales resultarían inocuos.

De tal suerte que el vacío en el artículo 3 del decreto acusado, resulta absolutamente contrario a la seguridad jurídica, al derecho fundamental a la igualdad ante la ley y por encima de todo a la equidad que debe regir un estado social de derecho, que no admite practicas como permitirle al interés de los grandes grupos económicos, movidos por el lucro, detentar no solo el poder material sino también el legal y ejecutivo, al permitirles no solo opinar, sino ante todo decidir acerca los monto de los tributos que deben cancelar, a quien cobrarle y a quien no por vía de implementar y elegir las estrategia y los controles que se van a implementar para asegurar el cobro y pago efectivo de los mismos, las metas de recaudo, el manejo de la planta de personal y el régimen laboral e incluso presupuestal (incluido el salarial) aplicable a los servidores públicos encargados por ley de la misión de controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias que se encuentran a su cargo.

NOVENA Y DECIMA NORMAS INFRINGIDAS: artículos 53 Y 55 Constitucionales.

Transcripción:

"ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna..."

"Artículo 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Concepto de la infracción:

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, los Convenios Internacionales del Trabajo entraron a formar parte de la legislación interna, como se estableció expresamente en su artículo 53 que señala: "Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna".

La negociación colectiva en Colombia es un derecho que tiene los trabajadores y trabajadoras a través de las organizaciones Sindicales, fundada en unos principios y derechos fundamentales universales, está normado por la Constitución, la Ley, los Convenios, Pactos de la OIT y de los Derechos Humanos Laborales.

El Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- *Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública* fue ratificado por la Ley 411 de 1997 y en su artículo 7 prevé la necesidad de que se adopten "medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos".

De conformidad con el artículo 2 del Convenio C-154 de la OIT - *Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva*, ratificado mediante la Ley 524 de 1999: **"... la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:**

- **(a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o**
- **(b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o**
- **(c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez..."**

El numeral 1 del artículo 5 del citado Convenio C-154, prescribe que: ***“...1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.”***

De conformidad con lo señalado en las SENTENCIAS C-013/93 Y C-161/00 de la Corte constitucional:

“El derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de asociación sindical; su ejercicio potencializa y vivifica la actividad de la organización sindical, en cuanto le permite a ésta cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad si se tiene en cuenta, que la organización por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono. . Se busca cumplir así la finalidad de “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”

La importancia de la negociación colectiva radica en que persigue los siguientes objetivos estratégicos:

- Ser fuente de derecho laboral y constituir a la vez una «legislación de segundo piso»
- Constituir un medio esencial de redistribución de la riqueza socialmente generada
- Crear las condiciones de estabilidad y armonía laboral necesaria para el desarrollo económico y social
- Establecer las bases para la democratización de las relaciones laborales
- Armonizar el interés de la empresa o empresas, los trabajadores y la sociedad
- Ser un proceso al través del cual se resuelven los conflictos en el mundo del trabajo

En virtud de su ratificación con las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, los Convenios C-151 y C-154 – OIT, se consideran incorporados a la legislación interna de nuestro país al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política de acuerdo con el cual: ***“... Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna....”***

El artículo 55 de la Carta política, garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones previstas en la ley y señala como deber del Estado, el promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Los empleados de la DIAN cuentan con 5 sindicatos y dos representantes ante las directivas de la Entidad, democráticamente elegidos.

Efectuada la verificación de las funciones asignadas por el artículo 2 del Decreto 4171 de 2011, se observa que varias de ellas, comprometen de manera directa las condiciones laborales y salariales de los trabajadores de la DIAN, a saber.

- Las señaladas en los numerales 1, 2, 3, 6, y 7 del citado artículo 2 del Decreto acusado, porque es a los funcionarios de la DIAN a quienes corresponde ejecutar las estrategias, objetivos y políticas de la Entidad y adelantar las acciones requeridas para su mejoramiento.
- Las señaladas en los numerales 8 y 9 ibídem, porque la remuneración de los funcionarios de la DIAN, es uno de los rubros que forma parte del presupuesto anual de la Entidad.
- La señalada en el numeral 11 ibídem, porque cualquier modificación en la estructura o planta de la entidad, afecta directa o indirectamente las condiciones laborales y la estabilidad Laboral de los funcionarios de la Entidad.

Por lo anterior, cualquier determinación que se adopte al respecto, por parte del Consejo Directivo de la DIAN, resulta de interés y afecta a sus funcionarios, por lo que los mismos deberían contar con participación en dicho Consejo, al tenor de lo señalado en los artículos de los Convenios C-15 Y C-154 de la OIT, antes señalados.

Los artículos 53 y 55 de la Constitución Política, se han violado con la expedición del Decreto 4171 de 2011, toda vez que en la conformación del Consejo Directivo de la DIAN, contemplada en el artículo 3 de la norma demandada, no se prevé la participación de ningún representante de los empleados de la entidad, ni de sus asociaciones sindicales, para asegurar la negociación colectiva con respecto de la temática antes señalada como lo prevén los Convenios C-151 Y C-154 – OIT, que se encuentran incorporados en nuestra legislación interna de conformidad con el artículo 53 de la Carta y a que el artículo 55 ibídem, garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones previstas en la ley y señala como deber del Estado, el promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

El artículo 3 del Decreto 4171 de 2011, desconociendo abiertamente el hecho irrefutable de que los Convenios C-151 y C-154, se encuentran incorporados en nuestra normatividad interna, por mandato expreso del artículo 53 de la Constitución, incumple y se aparta de lo prescrito en los mismos, en cuanto a que se deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la negociación colectiva, a pesar de que por mandato del artículo 55 de la Carta, es tal negociación es un derecho de sus empleados y constituye deber del Estado el garantizar su ejercicio.

De lo anterior, se concluye que el artículo 3 Decreto 4171 de 2011, desconoce lo previsto en los preceptos constitucionales señalados y su inexecutable debería ser declarada.

PETICIONES

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho expuestas, los suscritos ciudadanos accionantes, respetuosamente nos permitimos formular ante los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional, las siguientes peticiones:

Que se declare la inconstitucionalidad total del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011 del Presidente de la República de Colombia, "Por el cual se crea, se determina la conformación y las funciones del Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)", publicado en el Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011, en su integridad.

Que la sentencia de inconstitucionalidad tenga efectos retroactivos al momento de entrada en vigencia del Decreto 4171 del 3 de noviembre de 2011, para que desaparezcan de la vida jurídica todos los actos administrativos emanados del Consejo Directivo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), desde la fecha de su entrada en vigencia y hasta la Sentencia de inconstitucionalidad.

COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 5, según el cual corresponde a la Honorable Corte:

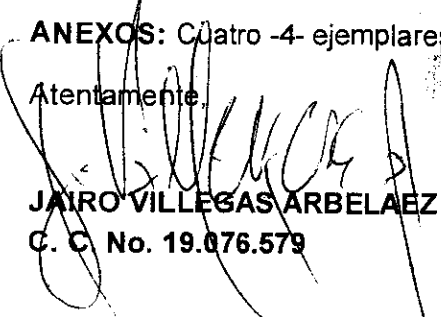
"5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación."

NOTIFICACIONES

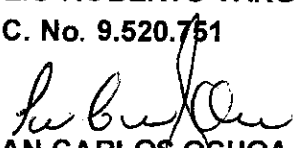
Recibiremos las notificaciones en Carrera 49 A No. 174 A -33 de la ciudad de Bogotá D.C., teléfono 4256360 Extensión 228.

ANEXOS: Cuatro -4- ejemplares de esta Demanda para los efectos legales.

Atentamente,


JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ
 C. C. No. 19.076.579

TULIO ROBERTO VARGAS PEDROZA
 C. C. No. 9.520.751


JUAN CARLOS OCHOA DAZA
 C. C. No. 79.496.174