



## MEMORANDO

MEM19-00021615 / IDM 1207001  
Bogotá D.C., 27 de diciembre de 2019

PARA : Doctor  
**EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA**  
Consejero Presidencial para la Estabilización y la Consolidación

DE : **MARGARITA ROSA HERNANDEZ VALDERRAMA**

ASUNTO Análisis naturaleza jurídica acuerdos colectivos y formularios vinculación individual PNIS

Estimado Doctor Archila,

Atendiendo su instrucción de analizar la naturaleza jurídica de los Acuerdos Colectivos y Formularios de Vinculación individual suscritos en el marco del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, se presenta el siguiente concepto.

### I. CONCLUSIONES:

1. Los acuerdos colectivos y los formularios de vinculación individual suscritos en el marco del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, son convenios instrumentales de derecho administrativo mediante los cuales se expresa la intención de una comunidad en el caso de los primeros y de la voluntad de una familia en el caso de los segundos, de hacer parte del programa de sustitución de cultivos de uso ilícito. Su suscripción implica para el Estado, la valoración sobre la viabilidad de su implementación como política pública.
2. Ni los acuerdos colectivos, ni los formularios de vinculación individual son actos administrativos y tampoco son contratos, por lo que no generan obligaciones en favor de personas determinadas que puedan originar derechos individuales, exigibles judicialmente.

Las anteriores conclusiones, tienen fundamento en las siguientes,

Calle 7 No. 6-54, Bogotá, Colombia  
PBX (57 1) 562 9300  
Código Postal 11711  
www.presidencia.gov.co



Certificado  
No. SC5672-1





## II. CONSIDERACIONES:

**1.1 El Acuerdo de Paz<sup>1</sup> es una política pública de Estado y éste, conserva su autonomía para elegir los “medios más apropiados con el fin de cumplir de buena fe con los contenidos y finalidades del Acuerdo Final”<sup>2</sup>**

Los efectos jurídicos del Acuerdo de Paz fueron definidos en el Acto Legislativo No. 2 de 2017 que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 630 de 2017. La Corte *“explicó el alcance de esta reforma, y en cuanto a los efectos jurídicos del Acuerdo Para la Terminación del Conflicto, y que interesan a este concepto, resaltamos:*

- a. El contenido del Acuerdo Para la Terminación del Conflicto no lo constituyen normas jurídicas en sentido estricto, sino “política de estado”.*
- b. Siendo un conjunto de políticas públicas, su ejecución debe hacerse por medio de leyes o “medios ordinarios de producción jurídica”.*
- c. El estado y quienes los conforman “se encuentran comprometidos con su desarrollo e implementación de buena fe, y por tanto, cualquier desarrollo del mismo debe tener por objeto su cabal cumplimiento y guardar coherencia con sus contenidos, finalidades, espíritu y principios.”*
- d. Las autoridades, en el ámbito de sus competencias, gozan de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados con el fin de cumplir de buena fe con los contenidos y finalidades del Acuerdo Final, en el marco de lo convenido, sin que sea admisible adoptar medidas que no tengan como propósito implementar o desarrollar lo acordado.”<sup>3</sup>*

El Acuerdo de Paz, en el Capítulo 4° *“Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”<sup>4</sup>* define una alternativa para desarrollar la política de lucha contra las drogas ilícitas estableciendo *“los objetivos, las acciones y los actores involucrados”<sup>5</sup>* para *“encontrar una solución*

<sup>1</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, noviembre de 2016

<sup>2</sup> Sentencia C-630 de 2017, pág. 117.

<sup>3</sup> Concepto Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, pág. 4.

<sup>4</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, noviembre de 2016, pág. 98. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Acuerdo-Final-AF-web.pdf>

<sup>5</sup> Concepto Ortegón & Pulido, agosto de 2019, pág. 3.



*sostenible y definitiva al problema de los cultivos de uso ilícito y a todos los problemas asociados a ellos en el territorio*<sup>6</sup>. Esta alternativa ha sido incorporada en el Programa Nacional de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, cuya finalidad esencial es la erradicación voluntaria de cultivos de uso ilícito, a través de la sustitución de estos, con el apoyo de las entregas monetarias y de asistencia técnica a los beneficiarios<sup>7</sup>.

Este programa fue elevado a rango legal a través del Decreto 896 de 2017, mediante el cual se crea el Programa Nacional para la Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, en aras de *“contribuir a la superación de las condiciones de pobreza y marginalidad de las familias campesinas que derivan su subsistencia de los cultivos de uso ilícito”*<sup>8</sup>. De igual forma, este programa contempla la sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito, mediante la implementación de planes integrales en las áreas definidas. En la actualidad sus acciones se realizan bajo la dirección y coordinación de la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación, a través de los mecanismos implementados en el marco de éste.

## **1.2 Los acuerdos colectivos y los formularios de vinculación individual son una herramienta para la ejecución de una política pública, que se asemeja a convenios instrumentales**

La política pública se ejecuta a través de la definición e implementación de programas, planes y proyectos, que en este caso incluye el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos.

En este sentido, la POLÍTICA RUTA FUTURO: POLÍTICA INTEGRAL PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA DE LAS DROGAS 2018, establece la necesidad de diferentes “estrategias de intervención en los territorios” “para reducir los cultivos ilícitos”, dentro de las cuales se encuentran: *“i) Estrategias Intervención de la fuerza pública para recuperación de la seguridad; ii) Reactivar el Programa de Aspersión Aérea Erradicación manual forzosa; iii) Erradicación manual voluntaria; iv) Sustitución de cultivos ilícitos; v) Aplicar investigación y desarrollo para incorporar la ciencia y tecnología en la reducción de cultivos ilícitos y disponibilidad de drogas; vi) Estrategias para reducir los cultivos ilícitos en Zonas de Manejo Especial como Parques Nacionales Naturales-PNN, Resguardos Indígenas-RI y Comunidades Afros y zona de exclusión con Ecuador Aplicación de la Consulta previa en Resguardos Indígenas”*<sup>9</sup>.

Por su parte, la Política de Defensa y Seguridad PDS, reconoce la necesidad de *“Combinar acciones, recursos y herramientas para eliminar los cultivos ilícitos y la extracción ilícita de*

<sup>6</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, noviembre de 2016, pág. 98. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Acuerdo-Final-AF-web.pdf>

<sup>7</sup> Concepto Ortigón & Pulido, agosto de 2019, pág. 3.

<sup>8</sup> Decreto Ley 896 de 2017, art.2.

<sup>9</sup> RUTA FUTURO: POLÍTICA INTEGRAL PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA DE LAS DROGAS 2018, pág. 41. [http://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/POLITICA\\_RUTA\\_FUTURO\\_ODC.pdf](http://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/POLITICA_RUTA_FUTURO_ODC.pdf)

**Calle 7 No. 6-54, Bogotá, Colombia**

PBX (57 1) 562 9300

Código Postal 11711

[www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co)



Certificado  
No. SC5672-1





*minerales”<sup>10</sup> y señala que “se emplearán todas las herramientas disponibles en el marco del ordenamiento jurídico, las cuales dependerán de la estrategia regional, la microfocalización y su eficacia en la realización del objetivo. La aspersión aérea, la erradicación y la sustitución de cultivos ilícitos se llevarán a cabo para ponerles fin.”<sup>11</sup>*

En el Acuerdo de Paz se identificó como una necesidad, hallar una solución definitiva al problema de las drogas ilícitas, *“enfrentando de manera diferente las causas y consecuencias del problema, definiendo distintas estrategias para cada eslabón de la cadena y reconociendo que son los pequeños cultivadores y recolectores uno de los eslabones más frágiles del proceso. Lo anterior implicó el diseño de acciones flexibles por parte del Gobierno, adaptables en el tiempo y en el territorio, pero además que surjan de la construcción conjunta entre el Gobierno y las comunidades”<sup>12</sup>.*

Como se dijo en líneas anteriores, en este contexto el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, fue elevado a rango legal mediante el Decreto 896 de 2017.

El artículo 6º del Decreto Ley 896 de 2017, define quienes pueden ser beneficiarios del programa: familias campesinas en situación de pobreza que derivan su subsistencia de los cultivos de uso ilícito; que voluntariamente se comprometen a la no resiembra; que voluntariamente se comprometen a no estar involucrados en labores asociados a los cultivos ilícitos; y no deben realizar o haber realizado siembras posteriores al 10 de julio de 2016.

La Corte Constitucional en sentencia C-493 de 2017 declaró exequible el Decreto Ley 896 de 2017 mediante el cual se creó el citado programa. Se resaltan los aspectos de esta providencia que tiene relación con el tema objeto de estudio:

- “ i) Se refiere a la sustitución de cultivos ilícitos como mecanismo alternativo de erradicación*
- ii) Componente volitivo, las cargas de la familia beneficiaria materializadas en el compromiso, son razonables y proporcionadas*
- iii) Sacrificio de la persecución penal en nombre de la reintegración social y la redención familiar y personal”<sup>13</sup>*

A continuación, se transcriben algunos apartes de la mencionada sentencia, que explican los anteriores aspectos:

<sup>10</sup> POLÍTICA DE DEFENSA Y SEGURIDAD PDS, pág. 68.

[https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/politica\\_defensa\\_deguridad2019.pdf](https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/politica_defensa_deguridad2019.pdf)

<sup>11</sup> Ibíd, pág. 68.

<sup>12</sup> Concepto Ortegón & Pulido, agosto de 2019, pág. 3.

<sup>13</sup> Concepto Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, pág. 3.

**Calle 7 No. 6-54, Bogotá, Colombia**

PBX (57 1) 562 9300

Código Postal 11711

[www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co)



Certificado  
No. SC5672-1





*“La Corte considera que la determinación del PNIS hecha por el artículo 2 del Decreto Ley 896 de 2017 es (sic) conforme a la Constitución, en el sentido que mediante los acuerdos voluntarios de sustitución, permite enfrentar de un modo adecuado el problema de expansión de los cultivos ilícitos, articulando un mecanismo alternativo al de erradicación, lo que además de honrar lo pactado, cumple fines constitucionalmente relevantes, como son los de restituir la legalidad, la convivencia pacífica, la integración a la vida económica y social de los campesinos, utilizando un medio adecuado, como lo es la implementación de planes y programas comunitarios y municipales que permitan la realización del objeto del decreto y de los fines constitucionales enunciados.” (Se subraya).*

...

*“En lo que tiene que ver con el componente volitivo, la Sala considera que las cargas materializadas en el compromiso que haya de suscribir la familia beneficiaria son razonables y proporcionadas. Su finalidad es la de otorgar un grado de formalidad y solemnidad a los compromisos que se adquieren y a los beneficios que otorgan, mediante un medio (la suscripción del acuerdo voluntario con obligaciones definidas), que es el mejor medio para obtener el fin de la reintegración a la vida social de esas familias y de sus comunidades. La medida es proporcional, en tanto que el sacrificio de la persecución penal se hace en nombre de la reintegración social y la redención personal y familiar de personas vulnerables en los términos del inciso final del artículo 13 de la Constitución, pues en general se trata de colombianos marginados que por su condición económica, “se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”. (se subraya).*

...

*“El inciso primero (del párrafo del artículo 5) precisa los compromisos que adquiere cada una de las partes en virtud de los acuerdos suscritos en el marco del Programa. De este modo, las comunidades se comprometen a la sustitución voluntaria y concertada de los cultivos, a la no resiembra, a no cultivar ni estar involucrados en actividades de cultivo o de comercialización de materias primas asociadas. Por su parte el Gobierno se compromete a la ejecución inmediata del plan, así como a la puesta en marcha del proceso de construcción de los planes integrales municipales y comunitarios de sustitución y desarrollo alternativo. Este enunciado se corresponde con el carácter voluntario de la sustitución de cultivos, y se aviene a la Constitución en tanto que simplemente dispone la formalización de lo acordado, precisando las obligaciones de las partes comprometidas.”<sup>14</sup>*

<sup>14</sup> Ibíd. Pág. 3.



Por su parte, el parágrafo 2° del artículo 7° del Decreto Ley 896 de 2017 consagra los acuerdos suscritos en el marco del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito - PNIS, los cuales implican la formalización del compromiso tanto de las comunidades con la sustitución voluntaria y concertada, la no resiembra, el compromiso pleno de no cultivar ni estar involucrado en labores asociadas a los cultivos de uso ilícito ni de participar en la comercialización ilegal de las materias primas derivadas de estos, como el compromiso del Gobierno con la ejecución del plan de atención inmediata y la puesta en marcha del proceso de construcción conjunta, participativa y concertada de los planes integrales municipales y comunitarios de sustitución y desarrollo alternativo.

Dado que quienes participan en este programa lo hacen de forma voluntaria, se requiere de la suscripción de un documento, que contempla los beneficios y los requisitos mínimos de permanencia y exclusión, a partir del cumplimiento de los compromisos<sup>15</sup>. *“Este punto es desarrollado en el Decreto No. 362 de 2018 en el artículo 2.2.5.1.3, que reglamenta el Decreto Ley 896, el cual establece como una de las funciones de la Dirección General del PNIS, “celebrar los acuerdos con las comunidades y las autoridades territoriales, previa socialización, para la puesta en marcha del PNIS en los territorios, modificarlos o darlos por terminados cuando se incumpla algunos de estos acuerdos, en alguna de sus partes por quienes los suscriban o cuando su ejecución contradiga lo dispuesto en el Acuerdo Final”.*<sup>16</sup>

En este contexto, los acuerdos colectivos del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos – PNIS y los formularios de vinculación individual, señalan cuáles son los beneficios del programa y las condiciones de permanencia en caso de que haya vinculación de familias que está sujeta a la viabilidad que establezca este. *“Se trata de instrumentos que buscan implementar la sustitución y reforzar los deberes de quienes se vinculan de forma voluntaria al proceso, “lo cual tiene como trasfondo la generación de confianza entre la comunidad y el Gobierno y un proceso de planeación participativo, en el que se definen de forma conjunta las acciones enfocadas al desarrollo de las zonas donde se realice la sustitución”*<sup>17</sup>.

### 1.2.1 Generalidades Convenio Instrumental

Teniendo en cuenta que los acuerdos colectivos y los formularios de vinculación individual no son contratos ni actos administrativos, se considera que se asemejan a *“convenios instrumentales”*<sup>18</sup>, *“en los que no se acuerdan obligaciones a cargo de las partes, sino el cumplimiento de cargas u obligaciones legales en cabeza de los particulares que los*

<sup>15</sup> Tomado de Concepto Ortigón & Pulido, agosto de 2019, pág. 5.

<sup>16</sup> *Ibíd.* pág. 5.

<sup>17</sup> Concepto Ortigón & Pulido, agosto de 2019, pág. 4.

<sup>18</sup> Denominación utilizada en el Concepto del Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, pág. 10.



*suscriben, en los que el Estado puede otorgar algún tipo de beneficio (consagrado en la ley) en favor del particular”<sup>19</sup>.*

Para explicar esta especie de convenios y la aplicación de sus elementos a los acuerdos colectivos y formularios de vinculación individual, se resume a continuación, lo señalado por el abogado Enrique José Arboleda Perdomo en concepto emitido para la Consejería para la Estabilización y la Consolidación<sup>20</sup>.

Se trata de una figura reconocida por la *“literatura jurídica del derecho administrativo”<sup>21</sup>* que *“no ha sido bien explicada por la doctrina y en general por la jurisprudencia nacional. Su análisis se hace generalmente para diferenciarlo del contrato típico, en el cual las obligaciones pactadas surgen de este instrumento directamente y no de la ley.*

*Los más estudiados por la doctrina son los originados en el derecho económico, en el otorgamiento de subsidios o subvenciones y en el derecho de la seguridad social.”<sup>22</sup>*

Se indica en el referido concepto que se utiliza *“el vocablo instrumentales para calificar este tipo de contratos, que si bien son bilaterales, son usados por la administración, previa autorización legal, para ejercer ciertas potestades o funciones.”<sup>23</sup>*

En el concepto precisa que *“la doctrina se ha ocupado de esta realidad”<sup>24</sup>* y cita como ejemplo 2 autores del derecho administrativo:

*“ CASSAGNE, Juan Carlos:*

*“Una figura contractual, regida por el derecho público, a la que la doctrina española viene prestándole últimamente una especial atención es la de los llamados “contratos públicos” del derecho alemán. El objeto de estos contratos es, substancialmente, la regulación por vía bilateral, de actos y potestades administrativas que, aun cuando podrían serle impuestas unilateralmente al particular por la Administración, se considera conveniente para ambas partes, muchas veces por economía procedimental o eficiencia administrativa y privada, establecerlas en un marco contractual. Este tipo de contrato puede determinar no solo el alcance del ejercicio de las prerrogativas estatales (sobre todo cuando éste opera en la zona de la discrecionalidad) sino también, aunque*

<sup>19</sup> Concepto Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, pág. 9. También señala que son “una técnica convencional ... poco usada, e incluso en muchos casos, cuando se requiere de una oferta por parte del particular para obtener un determinado beneficio legal, ésta oferta es aceptada mediante acto administrativo, como sucede con la oferta para la terminación anticipada de una investigación por prácticas restrictivas a la competencia, del parágrafo del artículo 52 del decreto ley 2153 de 1992”. Pág. 11.

<sup>20</sup> Noviembre de 2019.

<sup>21</sup> Concepto Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, pág. 9.

<sup>22</sup> *Ibíd.* pág. 9.

<sup>23</sup> *Ibíd.* pág. 10.

<sup>24</sup> *Ibíd.* pág. 10.



*no sea imprescindible la presencia de la relación sinalagmática del contenido del acto administrativo, con las prestaciones del contrato, una serie de cargas para el contratista (v.gr., construcción de un puente en un proyecto de urbanización) -que de otro modo estaría a cargo del Estado – como el otorgamiento de ventajas fiscales o promocionales.<sup>25</sup>*

*MAURER, Hartmut:*

*“2. Relevancia y problemática del convenio administrativo.”*

*“a) El convenio administrativo (de subordinación) es considerado hoy en día de forma general como un necesario y legítimo instrumento de la Administración. Posibilita una administración flexible y, sobre todo, adaptable a los casos atípicos. Se corresponde particularmente con un concepto de Administración moderno, democrático, de Estado de derecho, que ve al ciudadano no como un subordinado, sino como un sujeto autónomo de derecho y socio de la Administración, por lo cual, en la medida de lo posible, se le hace participar de forma corresponsable en la gestión administrativa.”*

*“b) Sin embargo, cuanto más se extiende el convenio administrativo, menos se corresponde con el modelo de la configuración individual de la relación contractual. Si el convenio administrativo se convierte en un instrumento cotidiano de la actividad administrativa, las autoridades cada vez más tenderán a desarrollar formularios contractuales tipificados e impresos de antemano que determinen esencialmente el contenido del convenio y tan sólo permitirán añadir los datos individuales del caso concreto. En consecuencia, tal convenio-tipo se diferencia en la práctica del acto administrativo únicamente por el hecho de que el ciudadano suscribe la regulación propuesta por la Administración, con la cual se somete a una vinculación mayor.”*

*“También en lo que respecta a las posibilidades de influir del ciudadano, son escasas las diferencias entre el convenio y el acto administrativo .....”*

*“c) El problema principal del convenio administrativo, desde el punto de vista jurídico, es el principio de legalidad de la administración.”<sup>26</sup>*

## 1.2.2 Elementos de los convenios instrumentales

<sup>25</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. "El contrato Administrativo" 2 Ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2005. Pág. 42.

<sup>26</sup> MAURER, Hartmut. "Derecho Administrativo- Parte General" Marcial Pons. Barcelona 2011. Págs. 389 390.





Con fundamento en lo anterior, se concluye en el mencionado concepto del Dr. Enrique José Arboleda, que los elementos de los convenios instrumentales de derecho administrativo son los siguientes (cita textual)<sup>27</sup>:

- Se celebran para cumplir políticas públicas
- La finalidad esencial es la realización del fin público
- Pueden contener ventajas o privilegios para los particulares, en tanto ejecuten las políticas públicas
- Se utilizan por autorización legal, y su contenido es igual al de la competencia o facultad que ejecuta la administración concernida
- Son meramente instrumentales: pueden ser remplazados por actos administrativos u otro mecanismo como la inscripción en un registro público
- Se busca mayor legitimación a menor costo social

### 1.2.3 Aplicación de estos elementos a los Acuerdos Colectivos y a los Formularios de Vinculación Individual de Grupos Familiares

El aludido concepto<sup>28</sup>, aplica los anteriores elementos de la siguiente manera:

- i) Fueron suscritos para cumplir con la finalidad esencial de la realización del fin público, es decir la de implementación de la política pública de solución integral contra el problema de las drogas ilícitas, con la alternativa de la erradicación del cultivo ilícito a través de la sustitución voluntaria.
- ii) Contienen “*ventajas o privilegios para los particulares*”<sup>29</sup> porque ejecutan la política pública. El programa tiene beneficios como “*la ejecución del plan de atención inmediata y la puesta en marcha del proceso de construcción conjunta participativa y concertada de los planes integrales municipales y comunitarios de sustitución y desarrollo alternativo*”<sup>30</sup>, “*desarrollo de proyectos productivos*”<sup>31</sup>.
- iii) Los acuerdos colectivos y los formularios de vinculación individual, se utilizan por autorización legal. Su contenido es la aplicación misma de la ley y los reglamentos. El Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos fue creado mediante Decreto Ley 896 de 2017,

<sup>27</sup> Pág. 11.

<sup>28</sup> Concepto Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, págs. 12, 13 y 14.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pág. 12.

<sup>30</sup> Decreto Ley 896 de 2017, art. 7°, párrafo 2°.

<sup>31</sup> Decreto Ley 806 de 2017, artículo 8.



norma que indica su objeto, beneficiarios y elementos -entre otros aspectos-. La misma norma indica que *“los acuerdos celebrados con las comunidades serán objeto de la definición técnica que para el efecto señale la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos”*<sup>32</sup>. Dentro de este marco, los Acuerdos Colectivos y los formularios de vinculación individual, indican los compromisos y los beneficios.

- iv) *“Una vez celebrados, esas ventajas pueden convertirse en derechos subjetivos cuando la ley así lo disponga. Como una consecuencia de lo expuesto en el punto anterior, tenemos entonces que el contenido obligacional del convenio instrumental de derecho administrativo es igual al de la ley que se ejecuta, de manera que si la ley define que de la relación convencional surge una obligación que a su turno genera un derecho en cabeza de la otra parte, el convenio tendrá este efecto, pero si el contenido de la ley es diferente, por ejemplo que contempla un mero interés o una expectativa, del convenio sólo surge esta posibilidad.”*<sup>33</sup>

*Al respecto precisa el concepto que “Ahora bien, de los antecedentes relacionados, tenemos que el Acuerdo Para la Terminación del Conflicto no contiene normas jurídicas ni fuerza legislativa alguna, son unas políticas públicas que el Estado debe desarrollar en la forma que determine la ley. Igualmente encontramos que la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad del decreto ley 896 de 2017, en la sentencia C – 497 de 2017, definió que de los Acuerdos Colectivos y de los Formularios de Vinculación de Grupos Familiares surgían “compromisos” para el Estado de realizar unas políticas públicas, de carácter general, mas no unas obligaciones particulares exigibles por unos sujetos determinados en los Acuerdos Colectivos o Formularios de Vinculación de Grupos Familiares, pues como se expuso, no son verdaderos contratos.*

*La inclusión en los Acuerdos de los auxilios con los cuales el Estado se ha comprometido a cumplir su política de sustitución voluntaria, no confiere un derecho subjetivo a la familia suscriptora del mismo, su entrega depende del mantenimiento de la política por parte del gobierno, y de la evaluación del programa, de la coyuntura socio económica y demás variables que determinan la decisión discrecional de seguir o variar la forma como se desarrolla la política pública para luchar contra los cultivos de uso ilícito.*

<sup>32</sup> *Ibíd.*, art. 7 Parágrafo 2.

<sup>33</sup> Concepto Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, págs. 12 y 13.



*La obligatoriedad de los Acuerdos Colectivos y de los Formularios de Vinculación de Grupos Familiares, está mediada por la ejecución de las políticas públicas que en ellos se señalan, las cuales se realizan según las circunstancias sociales y económicas del momento, circunstancias que son analizadas por los diferentes órganos estatales dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales. La situación y las circunstancias de los cultivadores hace dos o tres años, probablemente no son las mismas, por lo tanto, el gobierno está en condiciones de adecuar sus políticas con el fin de responder a las nuevas realidades y obtener la erradicación de los cultivos ilícitos en nuestro país.*

*Estos Acuerdos Colectivos y los Formularios de Vinculación de Grupos Familiares no contienen derechos subjetivos en favor de los cultivadores y recolectores de plantas de coca.”<sup>34</sup>*

- v) Sobre la característica de instrumentales, refiere el concepto que “*pueden ser remplazados por actos administrativos u otro mecanismo como la inscripción en un registro público.*”

*Como se expuso, en la negociación con el grupo FARC, se incluyó que la forma de obtener la erradicación de los cultivos de plantas ilícitas era la de la erradicación voluntaria, y que la manera de obtener esta voluntariedad era mediante la entrega de auxilios económicos temporales, mientras los cultivadores cambiaban su actividad agrícola. **El mecanismo ideado bien pudo remplazarse por un acto administrativo en el cual, se le otorgaba dicho auxilio económico al cultivador que erradicara las plantas, o un registro de cultivadores en el que acrediten la erradicación.**”<sup>35</sup> Por mencionar algunos instrumentos.*

- vi) El uso de convenios instrumentales de derecho administrativo busca mayor legitimación a menor costo social. El concepto acude al texto transcrito del doctrinante alemán Harmut MAURER, para decir que la utilización de este tipo de “*convenios administrativos*”, genera una mayor legitimidad en la administración para la ejecución de políticas públicas.

<sup>34</sup> *Ibíd.* pág. 13.

<sup>35</sup> *Ibíd.* pág. 13.



## 2.1. No son contratos

Para realizar el análisis de la naturaleza de los acuerdos colectivos y los formularios de vinculación individual, se compara su contenido con las instituciones jurídicas del contrato y el acto administrativo, para determinar si los elementos coinciden con alguna de estas<sup>36</sup>. *“De este ejercicio puede resultar que se está en presencia de un acto típico o de uno atípico y se puede definir la institución jurídica en la cual se tipifica”<sup>37</sup>.*

A continuación, se enunciarán y explicarán las razones por las cuales estos dos instrumentos de ejecución del PNIS, no son contratos estatales:

- i) La existencia de cultivos ilícitos supone que se está en presencia de una actividad ilícita. La suscripción de un contrato con el objeto de sustituir la actividad ilícita, por parte de quien la está ejerciendo, implica objeto ilícito.
- ii) Para la suscripción de Acuerdos Colectivos no se aplicó la normatividad para la formación de un contrato estatal, especialmente lo relacionado con el requisito de disponibilidad presupuestal previa.
- iii) El contrato corresponde a una lógica de la justicia conmutativa (con excepción de contratos unilaterales)
- iv) Los beneficios del PNIS responden a la lógica de la justicia distributiva: entrega de bienes y servicios a los sectores que más los necesiten, previa asignación de recursos.

Quien se vincula al PNIS se encuentra en una situación ilícita, está obligado a salir de la misma debido a que el Estado tiene la obligación de perseguir el delito<sup>38</sup>. El PNIS es una de las alternativas para enfrentar el problema de las drogas ilícitas, que busca *“contribuir a la superación de las condiciones de pobreza y marginalidad de las familias campesinas que derivan su subsistencia de los cultivos de uso ilícito”*<sup>39</sup>. En este sentido, las familias pueden vincularse de manera voluntaria al programa con el compromiso de erradicar el cultivo de uso ilícito sin que esto signifique que la actividad ilícita que ejerce, pueda convertirse en el objeto de un contrato<sup>40</sup>. De lo contrario, el negocio celebrado generaría su nulidad por corresponder a un objeto ilícito.

En el marco del programa, el Estado otorga unos beneficios a los cuales se accede a través del cumplimiento de unos requisitos. *“No se trata entonces de un contrato. Si fuera*

<sup>36</sup> Ibíd. pág. 14.

<sup>37</sup> Ibíd. pág. 14.

<sup>38</sup> La obligación de perseguir este delito está consagrada a nivel internacional en dos tratados ratificados por Colombia: i) Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, art. 22. Disposición especial aplicable al cultivo. ii) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, art. 3. Delitos y sanciones.

<sup>39</sup> Artículo 2 Decreto Ley 897 de 2017

<sup>40</sup> El artículo 1502 del Código Civil Colombiano establece uno de los requisitos del contrato es que su objeto sea lícito, es decir que fin perseguido sea permitido por la normatividad.



*un contrato, el objeto del mismo sería ilícito. Por lo mismo no nacen “obligaciones” en sentido estricto, sino “compromisos” de realizar acciones futuras, cuyo contenido y exigibilidad está mediado por las “políticas públicas” que cada gobierno adopte según las circunstancias. Desde una perspectiva teórica, el contrato responde a la lógica de la justicia conmutativa, es decir que lo que se entrega por lo general es equivalente a lo que se recibe o se espera recibir (puede pensarse que salvo los contratos unilaterales). En el caso de los beneficios otorgados a las personas derivadas de la ejecución de políticas públicas de carácter social o económico, las prestaciones entregadas por el Estado responden a la lógica de la justicia distributiva, según la cual el Estado debe entregar bienes y servicios públicos a los sectores que más los necesiten, previa una asignación de recursos conforme a las prioridades sociales y económicas definidas por los órganos competentes”<sup>41</sup>.*

En el concepto emitido por Ortegón & Pulido en agosto de 2019<sup>42</sup>, se puntualizó que:

*“El artículo 1° de la Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, estableció como objeto de la mencionada ley “(...) disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.*

*Por su parte, el artículo 32 de la disposición en mención, indicó que son contratos estatales “(...) todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...).*

*A su turno, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, consagra que los contratos estatales se perfeccionan cuando se acuerde el objeto, la contraprestación y se eleve por escrito. La misma disposición indica igualmente que para la ejecución del contrato estatal se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales. Al efecto dispuso lo siguiente el artículo en mención:*

**“ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.** Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

*<Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de*

<sup>41</sup> Concepto Dr. Enrique José Arboleda, noviembre de 2019, pág. 9.

<sup>42</sup> Concepto Ortegón & Pulido, agosto de 2019, págs. 6, 7, 8, 9.



*vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.”*

*Al efecto, en lo que tiene que ver con el concepto de contrato estatal, el Consejo de Estado<sup>43</sup> indicó que la Ley 80 de 1993, tal como se explicó en líneas precedentes, reguló los elementos esenciales y formales que requiere el negocio jurídico para que sea catalogado como contrato estatal. Al efecto indicó lo siguiente dicha Corporación:*

*“A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”*

*De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se produce cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato)”*

*En cuanto a las características del contrato estatal, se destaca igualmente un pronunciamiento del Consejo de Estado<sup>44</sup> al señalar, entre otras cosas, que los contratos estatales son bilaterales, conmutativos y constituyen la fuente de una pluralidad de derechos y obligaciones recíprocas.*

*Específicamente indicó lo siguiente el Alto Tribunal Contencioso:*

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008) Radicación número: 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079) Actor: SURAMERICANA DE DOTACIONES Demandado: DEPARTAMENTO DE ARAUCA y OTRO.

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253) Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.



*“Enseña la doctrina que el contrato es un “acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con otra a determinada prestación”. Bajo esta noción, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define los contratos estatales como “...todos los actos jurídicos [bilaterales], generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2] , previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” Tienen ellos el carácter de bilaterales, onerosos y conmutativos y constituyen la fuente de una pluralidad de derechos y obligaciones recíprocas -sinalagma-, de suerte que las partes -entidad estatal contratante y particular contratista- son al tiempo acreedoras y deudoras entre sí.” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

*Como se puede apreciar, los contratos estatales tienen unos elementos muy claros y específicos en términos de perfeccionamiento y ejecución, adicional al cumplimiento de las normas civiles y comerciales en la materia. Igualmente, como características a enfatizar, tienen el carácter de bilaterales y conmutativos como fuente de obligaciones y derechos, los cuales pueden ser reclamados judicialmente en caso de incumplimiento.*

*En sentido similar, la Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, estableció en el artículo 2° las modalidades de selección. Específicamente, la disposición en comento indicó que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en unas reglas específicas aplicables a cada modalidad.”*

Adicionalmente, y como ya se mencionó, la adquisición de compromisos por parte del Estado, requiere de la existencia de disponibilidad presupuestal con el fin de evitar que se asuman obligaciones sin capacidad de pago. Así lo dispone el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (ESTATUTO ORGÁNICO DE PRESUPUESTO), según el cual *“ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS, para comprometer vigencias futuras...”*

Finalmente, y como se expresó en el numeral anterior, los acuerdos colectivos y los formularios de vinculación individual contienen información sobre los beneficios y los requisitos mínimos de permanencia y exclusión del PNIS, a partir del cumplimiento de los compromisos y de la formalización de éstos por parte de las comunidades con la



sustitución voluntaria y concertada, frente a la no resiembra, al compromiso pleno de no cultivar ni estar involucrado en labores asociadas a los cultivos de uso ilícito, ni a la participación en la comercialización ilegal de las materias primas derivadas de estos, como del compromiso del Gobierno con la ejecución del plan de atención inmediata y la puesta en marcha del proceso de construcción conjunta, participativa y concertada de los planes integrales municipales y comunitarios de sustitución y desarrollo alternativo, se concluye que esa relación derivada de la implementación de una política pública corresponde a la lógica de la justicia distributiva y no conmutativa.

## 2.2. No son actos administrativos

Los acuerdos colectivos y los formularios de vinculación individual, no son actos administrativos, porque no son la expresión unilateral de la voluntad de la administración.

El acto administrativo es un *“acto jurídico unilateral, expresión de voluntad de la Administración, por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal y abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto”*<sup>45</sup>.

El Consejo de Estado ha puntualizado que los elementos propios del acto administrativo son *“(1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello”*<sup>46</sup>.

En el concepto emitido por Ortégón & Pulido en agosto de 2019<sup>47</sup>, se puntualizó que:

*“El acto administrativo debe reunir ciertos elementos sin los cuales no se puede configurar dicha figura. Específicamente, el Consejo de Estado ha destacado que los elementos propios del acto administrativo son (i) la manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa; (ii) que dicha manifestación sea capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho; y (iii) no es necesario contar con la anuencia de los destinatarios de los efectos para que los mismos sean producidos. Al efecto indicó lo siguiente el Alto Tribunal:*

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de enero 22 de 1988, Expediente No. 0549.

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número:11001-03-26-000-2008- 00101-00(36054) Actor: PABLO ENRIQUE MANRIQUE CONVERS. Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

<sup>47</sup> Concepto Ortégón & Pulido, agosto de 2019, pág. 11.





*“En efecto, la capacidad de trazar reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello” Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 1436 del 2000, definió el acto administrativo como “(...) la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos (...).”<sup>48</sup>*

De acuerdo con lo anterior, los acuerdos colectivos y los Formularios de Vinculación Individual, por tener una estructura bilateral, no se generan como una expresión unilateral de la voluntad de la Administración y por lo tanto no cuentan con uno de los requisitos esenciales del acto administrativo.

Cordial saludo,

Elaboró: Zulima Vallejo – contratista Consejería Estabilización

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00 (36054) B. Actor: PABLO ENRIQUE MANRIQUE CONVERS. Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS.