

C-219-15

Sentencia C-219/15

(Bogotá, D.C., 22 de abril de 2015)

NORMAS PARA SUPRIMIR O REFORMAR REGULACIONES, PROCEDIMIENTOS Y TRAMITES INNECESARIOS EXISTENTES EN LA ADMINISTRACION PUBLICA-Función del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia de acreditar entidades de certificación/TRASLADO AL ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACION DE COLOMBIA FUNCION DE ACREDITAR ENTIDADES DE CERTIFICACION-Asignación de dicha competencia no constituye un nuevo trámite más gravoso para las entidades interesadas ni se desconoce el derecho a la libertad económica de quienes requieren ese trámite

FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA PARA EXPEDIR DECRETOS CON FUERZA DE LEY-Alcances y límites

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

De acuerdo con el Decreto 2067 de 1991, las demandas de inconstitucionalidad deben ser presentadas por escrito y deben identificar la norma demandada, señalar el concepto de violación y la competencia en cabeza de la Corte Constitucional. En relación con el concepto de la violación, la Corte ha desarrollado una serie de criterios para determinar la aptitud de una demanda y ha indicado que los cargos deben cumplir las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, que se expondrán a continuación. La claridad exige que los cargos tengan la debida coherencia argumentativa de modo que la Corte pueda identificar con nitidez el reproche de inconstitucionalidad y su justificación. La certeza supone que la demanda se dirija contra una proposición normativa “real y existente”, no contra proposiciones inferidas por el demandante, implícita o construida a partir de normas que no fueron objeto de demanda. En otras palabras “un cargo es cierto, entonces, cuando atribuye a la norma que se acusa un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto”. De otro lado, la especificidad de la demanda depende de que logre formularse al menos un cargo concreto de constitucionalidad, es decir que los argumentos no pueden ser vagos, abstractos o globales. Por su parte, la pertinencia de la

demanda se refiere a que los cargos sean de índole constitucional y no meramente legal o doctrinaria, aplicables simplemente a situaciones concretas o fundamentadas en razones de conveniencia. La suficiencia se relaciona con la necesidad de que la demanda cuente con todos los elementos de juicio, argumentativos y probatorios, para generar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

UNIDAD NORMATIVA-Alcance excepcional/PROPOSICION JURIDICA-Integración

La facultad de integrar la unidad normativa está establecida en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991. La jurisprudencia constitucional ha estimado que se trata de un mecanismo excepcional dado que la Corte debe examinar las normas que sean acusadas por los ciudadanos y no se encuentra facultada para revisar de manera oficiosa las leyes. Así las cosas, esta Corporación ha señalado que la integración normativa procede únicamente “cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”

INTEGRACION NORMATIVA-Eventos en que procede

La integración normativa procede: 1) cuando las expresiones demandadas no tienen un sentido claro y unívoco por sí mismas, es decir fuera del contexto de la norma por lo que se requiere incluir en el juicio constitucional otros enunciados normativos para tener una proposición jurídica completa; 2) cuando, teniendo las disposiciones demandas un sentido autónomo, igual se requiere hacer referencia a otros elementos normativos contenidos en normas no demandadas que tienen con las primeras una relación “íntima e inescindible” razón por la cual, para evitar una sentencia inocua, es necesario extender a las mismas el examen de constitucionalidad; 3) esto también sucede cuando respecto de estas normas -no demandadas- existe una sospecha de inconstitucionalidad.

TRASLADO AL ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACION DE COLOMBIA FUNCION DE

ACREDITAR ENTIDADES DE CERTIFICACION-Marco normativo

FUNCION LEGISLATIVA-Asignación a la rama ejecutiva/FACULTADES EXTRAORDINARIAS-
Carácter excepcional y restrictivo

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Requisitos para su otorgamiento

El Constituyente condicionó su otorgamiento, así: (i) solicitud expresa del Gobierno Nacional, sin que proceda por iniciativa congresional; (ii) temporalidad de la habilitación por un término máximo de seis meses; (iii) mayoría absoluta en el Congreso para su concesión; (iv) competencia permanente del Congreso para modificar en todo momento y por iniciativa propia, los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias; (v) “necesidad” o “conveniencia pública” como fundamento de la solicitud; (vi) precisión en la delimitación de las facultades conferidas y, en consecuencia, “interpretación restrictiva” de su alcance, “circunscritas de modo exclusivo al tenor literal de la norma habilitante”; (vii) limitación material de su ejercicio, vedado a la expedición de códigos, decretar impuestos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del artículo 150 -numeral 19- de la C.P.

MANDATO CONSTITUCIONAL DE PRECISION-Requisitos

La jurisprudencia ha señalado los siguientes requisitos de precisión: “1) indicar la materia que delimita el ámbito sustantivo de acción del Ejecutivo; 2) señalar la finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al ejercer las facultades; y 3) enunciar los criterios que han de orientar las decisiones del Ejecutivo respecto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito material general de la habilitación”.

LEY HABILITANTE EN FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Alcance del requisito de precisión

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Objetivo de la delegación

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Eventos en los que son inconstitucionales los Decretos Ley expedidos por el Presidente de la República

Solo serán inconstitucionales los Decretos Ley expedidos por el Presidente de la República en dos eventos: (1) Cuando versan sobre materias no autorizadas ni incorporadas en la ley

habilitante porque lo anterior supondría desconocerla e invadir el ámbito de competencia del legislador; (2) En los casos en los que la ley de facultades no define en forma clara y específica la materia, objetivos y presupuestos de la delegación.

EXCESO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Vicio de competencia no sujeto a término de caducidad

LIBERTAD ECONOMICA-Alcance/LIBERTAD ECONOMICA-Límites

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Finalidad

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Condiciones

Los criterios señalados por la Corte en materia de intervención del Estado en la economía son los siguientes: (1) la intervención debe llevarse a cabo por mandato de la Ley; (2) no se puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (3) la intervención debe responder a motivos adecuados y suficientes que justifiquen las restricciones; (4) esta debe atender al principio de solidaridad; (5) y a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA CUMPLIMIENTO DE ACTIVIDADES PROPIAS DE ENTIDADES PUBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES-Contenido

PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO-Clasificación en el derecho civil/FUNDACION-Concepto/CORPORACION-Concepto

Las personas jurídicas de derecho privado, han sido clasificadas en el derecho civil como fundaciones y corporaciones, ambas sin ánimo de lucro. Mientras que las fundaciones son personas jurídicas que requieren de la existencia de un conjunto de bienes y su afectación por el fundador para fines de utilidad pública, la Corporación resulta de la asociación de un conjunto de personas que buscan desarrollar un servicio o actividad que promueve intereses generales y que les representa un beneficio.

ACTIVIDADES CIENTIFICAS Y TECNOLOGICAS Y PROYECTOS DE INVESTIGACION Y CREACION DE TENCOLOGIAS-Contenido

SOCIEDADES CIVILES, COMERCIALES Y PERSONAS JURIDICAS SIN ANIMO DE LUCRO COMO

CORPORACIONES Y FUNDACIONES-Régimen legal aplicable

CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE PARTICIPACION MIXTA-Reconocimiento como entidades descentralizadas indirectas

Las funciones de las corporaciones se enmarcan en una forma de descentralización por colaboración o descentralización por servicios que encuentra fundamento en los artículos 123, 210 y 267 de la Constitución. La jurisprudencia ha señalado al respecto que, “las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos”.

ACTIVIDADES DE DESARROLLO Y PROMOCION DE INVESTIGACION CIENTIFICA Y TECNOLOGICA-Objetivo que el Estado debe realizar por mandato constitucional/ACTIVIDADES DE DESARROLLO Y PROMOCION DE INVESTIGACION CIENTIFICA Y TECNOLOGICA-Desarrollo en asocio con personas privadas, a través de corporaciones sin ánimo de lucro

ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACION DE COLOMBIA-Naturaleza

TRASLADO AL ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACION DE COLOMBIA FUNCION DE ACREDITAR ENTIDADES DE CERTIFICACION-No desconoce libertad económica de entidades de certificación

ENTIDADES DE CERTIFICACION-Características/DEBERES DE ENTIDADES DE CERTIFICACION-Contenido y alcance/ENTIDADES DE CERTIFICACION-Garantizan que operaciones que envuelven transmisión y conservación de mensajes de datos y certificaciones sobre firmas digitales se realicen de manera segura

FIRMA DIGITAL-Concepto y alcance

MENSAJES DE DATOS-Concepto y alcance

PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACION Y ACREDITACION RESPECTO DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACION-Características/PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACION Y ACREDITACION RESPECTO DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACION-Semejanzas

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 160 (parcial), 161 (parcial), 162 (parcial) y 163 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012.

Ref.: Expediente D- 10461

Actores: Erick Rincón Cárdenas, Juan Manuel Botero Medina, Javier Felipe Sánchez Iregui

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

I. ANTECEDENTES.

1. Textos normativos demandados.

Los ciudadanos Erick Rincón Cárdenas, Juan Manuel Botero Medina, Javier Felipe Sánchez Iregui, en su calidad de representantes legales respectivamente de la Sociedad Cameral de Certificación Digital Certicamara S.A., la empresa Andes Servicio de Certificación Digital S.A. y la empresa Gestión de Seguridad Electrónica S.A., en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 40, numeral 6º de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 160 (parcial), 161 (parcial), 162 (parcial) y 163 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012. Los textos normativos y los apartes demandados –subrayados- son los siguientes:

“DECRETO 19 DE 2012

(Enero 10)

Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo 1º del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011, y

CONSIDERANDO:

(...)

ARTÍCULO 160. CARACTERÍSTICAS Y REQUERIMIENTOS DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN.

El artículo 29 de la Ley 527 de 1999

, quedará así:

“Artículo 29. Características y requerimientos de las entidades de certificación. Podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que cumplan con los requerimientos y sean acreditados por el Organismo Nacional de Acreditación conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. El Organismo Nacional de Acreditación de Colombia suspenderá o retirará la acreditación en cualquier tiempo, cuando se establezca que la entidad de certificación respectiva no está cumpliendo con la reglamentación emitida por el Gobierno Nacional, con base en las siguientes condiciones:

- a. Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación
- b. Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta ley;
- c. Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquélla. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo período que la ley penal o administrativa señale para el efecto.”

ARTÍCULO 161. ACTIVIDADES DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN

. El artículo 30 de la Ley 527 de 1999, quedará así:

“Artículo 30. Actividades de las entidades de certificación. Las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades:

1. Emitir certificados en relación con las firmas electrónicas o digitales de personas naturales o jurídicas.
2. Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos y de documentos electrónicos transferibles.
3. Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la Ley 527 de 1999.
4. Ofrecer o facilitar los servicios de generación de los datos de creación de las firmas digitales certificadas.
5. Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.
6. Ofrecer o facilitar los servicios de generación de datos de creación de las firmas electrónicas.
7. Ofrecer los servicios de registro, custodia y anotación de los documentos electrónicos transferibles.
8. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos y documentos electrónicos transferibles.
9. Cualquier otra actividad relacionada con la creación, uso o utilización de firmas digitales y electrónicas”.

ARTÍCULO 162. DEBERES DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN.

El literal h) del artículo 32 de la Ley 527 de 1999, quedará así:

“h) Permitir y facilitar la realización de las auditorías por parte del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia. Es responsabilidad de la entidad de certificación pagar los costos de la acreditación y los de las auditorías de vigilancia, conforme con las tarifas del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia”.

ARTÍCULO 163. CESACIÓN DE ACTIVIDADES POR PARTE DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN

. El artículo 34 de la Ley 527 de 1999, quedará así:

“Artículo 34. Cesación de actividades por parte de las entidades de certificación. Las entidades de certificación acreditadas por el ONAC pueden cesar en el ejercicio de actividades, siempre y cuando garanticen la continuidad del servicio a quienes ya lo hayan contratado, directamente o a través de terceros, sin costos adicionales a los servicios ya cancelados.”

(...)”

2. Pretensión y cargos.

2.1. Pretensión.

Los actores solicitan se declare la inconstitucionalidad de los apartes acusados de los artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto Ley 019 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública, por ser contrarios a los artículos 6, 13, 113, 121, 150 n. 10, 210 y 333 de la Constitución Política.

2.2. Cargos.

2.2.1. Cargo 1º: Violación de los artículos 6, 113, 121 y 150.10 CP por extralimitación del Presidente en el ejercicio de funciones extraordinarias por haber creado el nuevo trámite de “acreditación” de las entidades de certificación digital y haber eliminado el de “autorización”.

El Presidente de la República incurrió en una extralimitación de las facultades otorgadas por la Ley 1474 de 2011, al establecer como obligatorio el cumplimiento del requisito de “acreditación” ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC) para las entidades de certificación digital, eliminando el requisito de “autorización” existente hasta entonces ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto, se resalta que la autorización, como acto administrativo expedido por una autoridad administrativa, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en una norma de rango legal o en un reglamento y se rige por las normas del procedimiento administrativo, mientras que la acreditación es un servicio de atestación y una declaración de una tercera parte sobre la competencia técnica y la imparcialidad de los organismos de evaluación de conformidad (OEC) que evalúan la conformidad de un producto con las normas y requisitos técnicos, por lo tanto, la acreditación se rige por normas técnicas y también por el soft law en forma de “criterios específicos de acreditación” (para el efecto se trata de la norma NTC ISO/IEC 17011). Sin embargo, las entidades de certificación digital, que deben ser autorizadas conforme a la Ley 527 de 1999, no se clasifican como OEC ya que su función no es la de evaluar la conformidad de productos y servicios con respecto a sus especificaciones, sino certificar firmas digitales de personas, facilitar servicios de registro y estampado cronológico de transmisión y recepción de servicios de datos y otras funciones de comunicación basadas en las firmas digitales.

Considerando que las facultades legislativas extraordinarias de reforma y supresión de trámites deben ser interpretadas de manera restrictiva y no pueden usarse para crear nuevos procedimientos y, teniendo en cuenta que la acreditación como requisitos para ser entidad de certificación digital es un trámite nuevo y más complejo, los demandantes advierten que el Ejecutivo se extralimitó en el ejercicio de sus facultades infringiendo de este modo los artículos 6, 113, 121 y 150.10 de la Constitución Política.

2.2.2. Cargo 2º: Violación de los artículos 6, 113, 121, 150 n. 10, 123, 210 y 333 de la CP por extralimitación en el ejercicio de las funciones extraordinarias concedidas al Presidente por el Congreso por haber entregado a una corporación privada la facultad de decidir sobre la posibilidad de que un particular desarrolle una actividad económica.

La Ley 1474 de 2011, que otorgó facultades extraordinarias al Presidente, no lo habilitó

para entregarle a un particular la función administrativa de determinar si otro particular puede o no ejercer una actividad económica, ni lo autorizó para que los requisitos establecidos para establecer dicha actividad no estuvieran contenidos en una ley general o en una norma general sino sometidos únicamente a su propio arbitrio. De este modo, no solo desconoció el artículo 150 n. 10 de la Constitución, sino también los artículos 123 y 210 que regulan el régimen aplicable a los particulares en general y de que desempeñen funciones públicas o administrativas.

Así, para los demandantes, el Presidente de la República con la expedición de las normas acusadas, desconoció la libertad económica y la iniciativa privada, así como la reserva de ley, consagradas en el artículo 333 de la Carta Política, al dejar en cabeza de un Organismo - ONAC -, la potestad de definir requisitos para el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, sin que hayan sido definidas o autorizadas por ley.

3. Intervenciones oficiales y ciudadanas.

3.1. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: exequibilidad.

El trámite asignado al ONAC, no era nuevo, pues ya existía previamente en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera que lo dispuesto en las normas acusadas se encuentran al amparo de la expresa concesión legislativa de facultades del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011, que preveía tanto la reforma, como la supresión de trámites innecesarios.

Adicionalmente, sostiene el Ministerio que "...la demanda se limita a exponer situaciones eventuales, relacionadas con la diferencia semántica entre "autorizar" y "acreditar" concluyendo que esto supone un nuevo trámite además de considerarlo más complejo que la "simple autorización", con argumentos subjetivos de los cuales no se desprende desconocimiento alguno de la Constitución Política". El mecanismo de la autorización previa fue modificado para facilitar las actividades de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades que cumplen funciones administrativas.

Debe la Corte declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, pues con no se desconoció el principio de reserva legal, ni la libertad de empresa, en tanto los requisitos de la acreditación de las entidades de certificación digital, se encuentran expresamente

previstos en la Ley 527 de 1999.

3.2. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: exequibilidad.

El ONAC cumple un papel importante en las relaciones con otros países al ser el organismo nacional de acreditación de los Organismos de Evaluación de la Conformidad -OEC- de acuerdo con las normas nacionales e internacionales vigentes. El Gobierno Nacional, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, determinó que fuera el ONAC quien realizara la acreditación de las entidades de certificación. La evaluación de conformidad es fundamental para demostrar que estas entidades cumplen con los requisitos técnicos establecidos en las normas o reglamentos de esta naturaleza.

El ONAC responde a las directrices trazadas por la política pública contenida en el CONPES 3446 de 2006 y a los estándares internacionales en materia de acreditación. El Decreto 865 de 2013, designó al ONAC como único organismo de acreditación que de manera exclusiva realiza las funciones de acreditación establecidas en el Decreto 2269 de 1993 y en el Decreto 4738 de 2008 y fue expedido en desarrollo del artículo 3 de la Ley 155 de 1995 y del artículo 4º de la Decisión Andina 376 de 1995.

Con fundamento en lo anterior, se estima que las normas acusadas deben ser declaradas exequibles al no haberse excedido el Presidente de la República en el ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 1474 de 2011. Además se destaca la importancia de la libertad de configuración legislativa que exige adaptar gradualmente el derecho a las nuevas exigencias sociales, culturales, políticas y económicas. Las medidas tomadas en este caso por el Presidente, se fundamentan en el artículo 334 de la Constitución que señala como una de sus facultades y deberes, la de direccionar la economía, lo cual contribuye a alcanzar los fines esenciales del Estado en la salvaguarda del bien común. Lo dicho cobra mayor importancia tratándose de la entidad de certificación que por sus funciones, comprometen la seguridad e integridad de los intervinientes en las operaciones realizadas.

La acreditación ante el ONAC y la supresión de la competencia anteriormente asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio, es acorde con las reformas que se han adoptado para evitar un posible conflicto de intereses derivado del hecho de que la misma Superintendencia esté encargada del control y vigilancia de los organismos de certificación.

Se advierte que el ONAC es una entidad de carácter privado, de naturaleza y participación mixta, y que la Constitución autoriza a los particulares a cumplir funciones administrativas en los términos que señale la Ley. El Decreto 4738 de 2008 había derogado las funciones de acreditación en cabeza de la Superintendencia, de modo que el ONAC es el único organismo encargado de la acreditación. Por consiguiente, el Decreto Legislativo 019 de 2012 no creó un nuevo trámite de acreditación ante el ONAC, porque dicho procedimiento ya existía previamente desde el Decreto 4738 de 2008 expedido con fundamento en la Ley 155 de 1959.

Así las cosas, el Decreto Legislativo 019 de 2012 no creó un nuevo trámite, sino que estableció un cambio en el sistema y en los requisitos que deberán cumplir las entidades de certificación, para el ejercicio de las funciones inherentes a dicha actividad, lo cual no vulnera ni la actividad económica, ni la iniciativa privada y demás derechos constitucionales alegados por el demandante.

3.3. Ministerio de Relaciones Exteriores: exequibilidad.

Resultan exequibles los artículos 160, 161, 162 y 163 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012, como quiera que la norma demandada, al definir la acreditación de las entidades de certificación digital, se ajustó a la Constitución Política, al cumplir con la finalidad otorgada por el Legislativo, cuando facultó al Presidente para que suprimiera o reformara procedimientos y trámites innecesarios para la administración pública, sin que con ello se violara la competencia del Congreso, ni el libre ejercicio de la actividad económica.

3.4. Ministerio de Defensa: exequibilidad.

Las normas acusadas no vulneran la Constitución Política por la presunta extralimitación de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Presidente de la Republica, pues su contenido se enmarca en los parámetros señalados en la norma habilitante y está en consonancia con los propósitos trazados y encaminados a mejorar el desempeño de la función pública y a garantizar la efectividad de los derechos, mediante la supresión de trámites innecesarios. Adicionalmente, el trámite reprochado por el actor no pretende generarle gastos a estas entidades en beneficio de las Cámaras de Comercio.

3.5. Ministerio de Vivienda: exequibilidad.

La demanda formulada adolece de una argumentación clara que permita a la Corte hacer un juicio sobre la constitucionalidad o no de la norma acusada. En todo caso, las normas acusadas no transgreden el ordenamiento constitucional.

3.6. Departamento Administrativo de la Función Pública: exequibilidad.

El Presidente de la Republica no excedió las facultades otorgadas por el artículo 75 de la Ley 1474 de 2011, en tanto dicha ley no lo habilitó únicamente para suprimir regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Publica, sino también para reformar los ya existentes, como sucedió con la sustitución del sistema de autorización por el Organismo Nacional de Acreditación. El Presidente se encontraba legitimado para realizar la modificación que en este caso se reprocha, no solo en el marco de su libertad de configuración legislativa, sino también considerando que dicha reforma es acorde con otras realizadas con el fin de evitar un posible conflicto de interés por ser la Superintendencia la entidad que controla y vigila a los organismos de certificación.

Por su parte, se recuerda que el ONAC, a pesar de ser una entidad de carácter privado, es de naturaleza y participación mixta, circunstancia que encuentra fundamento en el inciso 2º del artículo 210 de la Carta. Desde el Decreto 4738 de 2008, las funciones de acreditación fueron asignadas de manera exclusiva a este Organismo de modo que la facultad de acreditar a las entidades de certificación, no representa una extralimitación de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por el parágrafo 1º del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011.

3.7. Departamento Nacional de Planeación: inhibición, en su defecto exequibilidad.

El Presidente de la Republica no se extralimitó en las facultades otorgadas por el legislador, en la medida que este lo autorizaba tanto para la supresión como para la reforma de las regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública, habilitación que incorpora un amplio espectro de facultades, y cuya única condición era que se tratase de trámites preexistentes.

En desarrollo de este mandato, se determinó la conveniencia de trasladar las funciones de autorizador de las entidades de certificación de firmas digitales de la Superintendencia de Industria y Comercio, al Organismo Nacional de Acreditación -ONAC, ajustándose a las

facultades otorgadas. Así, el reproche formulado por la parte actora es infundado considerando que las entidades de certificación no prestan un servicio público y menos dan fe pública. En este sentido, la actividad de certificación es un servicio exclusivamente técnico que se relaciona con la confianza y la credibilidad y que busca otorgar seguridad a los mensajes de datos de empleados para realizar determinados negocios y en el comercio electrónico en general.

Siendo así, la demanda se basa en una serie de supuestos que impiden un debate constitucional, por cuanto se expresa en afirmaciones vagas y generales dentro de las que se insertan apartes de la jurisprudencia constitucional, sin que se realice ningún análisis de las razones por las cuales se presenta la transgresión. En suma, se observa que los demandantes no cumplieron con las exigencias de precisión, suficiencia y claridad, y la argumentación es vaga y subjetiva, no permitiendo la realización de un examen de fondo.

3.8. Superintendencia de Industria y Comercio: exequibilidad.

El Decreto 4738 de 2008 suprimió las funciones de acreditación de la Superintendencia de Industria y Comercio, que comprendían la acreditación a diferentes organismos de certificación para la prestación de servicios de certificación, y las asignó al ONAC. En este sentido, al establecer en las disposiciones acusadas que el ONAC acreditaría a las entidades de certificación, el Presidente no se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le concedió el Congreso de la República.

La reforma que reprocha el demandante se surtió en aras de realizar los fines esenciales del Estado y en atención del interés común, lo cual resulta relevante especialmente cuando se trata de una labor en la que la seguridad e integridad de los intervinientes en las operaciones realizadas por ellos, se puede ver comprometida. La acreditación, se enmarca en los mandatos de intervención en la economía y la regulación del control de calidad en el marco de una economía de mercado que corresponde direccionar al Estado.

La supresión de las labores de acreditación de la Superintendencia, eliminan posibles conflictos de interés que eventualmente podrían presentarse considerando que la Superintendencia realiza el control y vigilancia de las entidades de certificación.

3.9. Universidad de Santo Tomas: inexequibilidad parcial.

El Presidente de la Republica sí se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Legislador, en la medida que se encontraba facultado para suprimir y reformar regulaciones, trámites y procedimientos innecesarios, pero excedió sus competencias al facultar a un organismo de carácter privado -ONAC-, para el ejercicio de una actividad administrativa destinada a determinar si un particular puede ejercer libremente una función económica. Es de advertir que el ONAC tiene como objeto acreditar la competencia de organismos de evaluación de la conformidad, y las entidades de certificación no tienen esta naturaleza.

De otro lado, se vulnera el artículo 333 constitucional, que establece que la actividad económica goza de libertad dentro de los límites del bien común, y que nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley, y que en consecuencia, el Presidente no podía autorizar nuevos requisitos para el ejercicio de una actividad económica que no estuvieran contenidos en una ley, y que dependieran de la voluntad de un particular - la ONAC, como se evidencia en las normas subexamine.

3.10. Universidad Nacional de Colombia: inexequibilidad.

3.11. Centro de Estudios en Derecho y Tecnología de la Información y las Comunicaciones - Pontificia Universidad Javeriana: inexequibilidad parcial.

En la sentencia C-534 de 2012, la Corte examinó el artículo 75 de la Ley 1474 de 2011 y estableció el alcance de las palabras “suprimir” y “reformar” considerando que la primera hacía referencia a la eliminación de un trámite y, la segunda, a la modificación de un procedimiento existente. En aquella ocasión, la Corte determinó que las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por parte del Congreso, se limitaban a la supresión de trámites innecesarios, no a la creación de nuevos o a la eliminación de trámites necesarios. Así las cosas, la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada porque el Gobierno al momento de modificar las disposiciones jurídicas demandadas, creó un nuevo trámite al remplazar la autorización inicialmente establecida, por una acreditación, cuya naturaleza es totalmente diferente, la cual va en contravía del espíritu del Decreto 019 de 2012, cuyo objetivo era dictar normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración

pública.

Sumado a lo anterior, y teniendo en cuenta la definición de acreditación contenida en el CONPES 3446 de 2006 y la naturaleza del ONAC, se señala que las entidades de certificación digital no se equiparan en naturaleza a un Organismo Evaluador de la Conformidad (OEC).

Por otra parte, se advierte un desbordamiento en el ejercicio de las competencias extraordinarias asignadas al Presidente dado que la ley habilitante no lo autorizó a supeditar los requisitos para ejercer una actividad económica a la voluntad de un particular como lo es la ONAC.

3.12. Intervención del ciudadano Ramiro Cubillos Velandia: exequibilidad.

Considera que las normas acusadas deben declararse exequibles, al no haberse dado una extralimitación por parte del Presidente de la Republica de las facultades otorgadas por la ley habilitante, toda vez que los vocablos “acreditar” y “autorizar”, desde la Ley 527 de 1999, han sido considerados sinónimos, y las normas demandadas no crearon, un nuevo trámite, ni eliminaron un trámite existente, sino que se modificaron que estaba a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, transfiriendo su competencia al organismo privado de acreditación.

Encuentra necesario que la Corte declare la unidad normativa con el artículo 176 del Decreto 019 de 2012, que establece las derogatorias de los artículos 41 y 42 de la Ley 527 de 1999, con el fin de que se amplíe el análisis. De declarar inexecutable las normas acusadas, se atentaría contra la estabilidad y la seguridad jurídica porque no existiría una autoridad facultada para acreditar o autorizar las actividades de las entidades de certificación. Así las cosas, solo podrían desarrollar sus actividades las entidades acreditadas como entidades de certificación y no podrían ingresar nuevos competidores porque no estaría determinada legalmente la competencia a ninguna entidad para acreditarlas o autorizarlas.

4. Concepto del Procurador General de la Nación: Inexecutableidad[1].

Frente a los cargos formulados contra los artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto 019 de

2012, por la presunta vulneración de los artículos 6, 113, 121, 210, 150.10 y 333 de la Constitución Política, el Ministerio Público estima que debe declararse la inexequibilidad, considerando que el Presidente de la República excedió las facultades otorgadas por el Congreso, al crear un trámite o requisito para la acreditación, constitución y funcionamiento de las entidades de certificación en Colombia, pues la ley habilitante tan solo lo facultaba para suprimir y reformar trámites innecesarios. Así las cosas “si bien la Ley 1474 de 2011 cumplió con el requisito de precisión, limitando las facultades legislativas otorgadas por el Presidente de la República, éste desconoció los límites fijados por el legislador al crear el requisito de acreditación para las entidades de certificación digital, haciendo más gravosa la constitución y funcionamiento de éstas, en tanto que hasta antes de expedidas las disposiciones acusadas sólo era necesaria una autorización expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

De otro lado, la cabeza del Ejecutivo excedió las competencias concedidas en la Ley Habilitante por cuanto la creación del nuevo trámite, la exigencia de un nuevo permiso que supone requerimientos técnicos adicionales y la asignación de dicha función a un organismo privado -el ONAC-, desconoce la libertad económica y la iniciativa privada.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La presente demanda de inconstitucionalidad fue formulada contra disposiciones vigentes contenidas en el Decreto Ley 019 de 2012. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5º de la Constitución Política.

2. Análisis de aptitud de los cargos de la demanda.

2.1. Considerando que algunos de los intervinientes solicitan a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse sobre la demanda de la referencia, se hace necesario analizar la aptitud de los cargos para determinar si este Tribunal puede pronunciarse de fondo sobre los mismos.

2.2. De acuerdo con el Decreto 2067 de 1991, las demandas de inconstitucionalidad deben

ser presentadas por escrito y deben identificar la norma demandada, señalar el concepto de violación y la competencia en cabeza de la Corte Constitucional. En relación con el concepto de la violación, la Corte ha desarrollado una serie de criterios para determinar la aptitud de una demanda y ha indicado que los cargos deben cumplir las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, que se expondrán a continuación[2].

2.2.1. La claridad exige que los cargos tengan la debida coherencia argumentativa de modo que la Corte pueda identificar con nitidez el reproche de inconstitucionalidad y su justificación.

2.2.2. La certeza supone que la demanda se dirija contra una proposición normativa “real y existente”[3], no contra proposiciones inferidas por el demandante, implícita o construida a partir de normas que no fueron objeto de demanda. En otras palabras “un cargo es cierto, entonces, cuando atribuye a la norma que se acusa un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto”[4].

2.2.3. De otro lado, la especificidad de la demanda depende de que logre formularse al menos un cargo concreto de constitucionalidad, es decir que los argumentos no pueden ser vagos, abstractos o globales[5].

2.2.4. Por su parte, la pertinencia de la demanda se refiere a que los cargos sean de índole constitucional y no meramente legal o doctrinaria, aplicables simplemente a situaciones concretas o fundamentadas en razones de conveniencia.

2.2.5. La suficiencia se relaciona con la necesidad de que la demanda cuente con todos los elementos de juicio, argumentativos y probatorios, para generar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada[6].

2.3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra que, en este caso, los reproches constitucionales contra las disposiciones acusadas, se originan en la presunta extralimitación del Presidente de la República en el ejercicio de las facultades concedidas por el Congreso para expedir el Decreto 019 de 2012, lo cual se traduce, según los demandantes, en el desconocimiento de los artículos constitucionales 150 n. 10, 6, 113, 121, 210 y 123.

2.4. Ahora bien, la extralimitación del Ejecutivo, se concreta específicamente en dos modificaciones que fueron implementadas a través de los artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto Anti trámites.

De un lado, cambiando el requisito de “autorización” de las entidades de certificación, por el de “acreditación” de las mismas. De acuerdo con la demanda, la acreditación es un trámite diferente y más complejo que el que existía previamente, lo cual va contradice el espíritu del Decreto 019 de 2012 y, adicionalmente, es un procedimiento que no se aplica en la práctica a entidades de esta naturaleza sino a los organismos de evaluación de la conformidad.

2.5. La Corte considera que los argumentos planteados por los demandantes cumplen adecuadamente con los requisitos que la jurisprudencia ha fijado en esta materia.

De una lado, han identificado correctamente los apartes de las normas del Decreto 019 de 2012 que consideran infringen la Constitución. Adicionalmente, han propuesto clara, específica y suficientemente los fundamentos de la demanda planteando un cargo por extralimitación que se manifiesta en la creación de un nuevo trámite, el de acreditación, en cabeza de un organismo de naturaleza privada, el ONAC. En este sentido, los demandantes explicaron detalladamente en la demanda las diferentes implicaciones de la “acreditación” y de la “autorización” y argumentaron porqué la reforma denunciada sobrepasó el alcance la ley habilitante. Los artículos constitucionales que se estiman infringidos también fueron reseñados en la demanda explicando las razones de su violación con claridad y suficiencia.

2.6. De este modo, los cargos propuestos por los demandantes cumplen con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, suficiencia y pertinencia, logrando generar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición atacada lo cual amerita su examen de fondo por parte de la Corte.

3. Cuestión preliminar: integración normativa.

3.1. Uno de los intervinientes sugiere a la Corte que declare la integración normativa con el artículo 176 del Decreto 019 de 2012, que establece las derogatorias de los artículos 41 y 42 de la Ley 527 de 1999, relativos a las funciones de la Superintendencia de Industria y

Comercio respecto de las entidades de certificación, considerando que, en caso de declarar inconstitucional los apartes acusados, la materia de las cuales se ocupan estas disposiciones, quedaría sin regulación y no habría ninguna autoridad facultada para acreditar o autorizar las actividades de las entidades de certificación.

3.2. La facultad de integrar la unidad normativa está establecida en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991. La jurisprudencia constitucional ha estimado que se trata de un mecanismo excepcional dado que la Corte debe examinar las normas que sean acusadas por los ciudadanos y no se encuentra facultada para revisar de manera oficiosa las leyes[7]. Así las cosas, esta Corporación ha señalado que la integración normativa procede únicamente "... cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad"[8].

3.3. Así las cosas, la integración normativa procede: 1) cuando las expresiones demandadas no tienen un sentido claro y unívoco por sí mismas, es decir fuera del contexto de la norma por lo que se requiere incluir en el juicio constitucional otros enunciados normativos para tener una proposición jurídica completa; 2) cuando, teniendo las disposiciones demandas un sentido autónomo, igual se requiere hacer referencia a otros elementos normativos contenidos en normas no demandadas que tienen con las primeras una relación "íntima e inescindible" razón por la cual, para evitar una sentencia inocua, es necesario extender a las mismas el examen de constitucionalidad; 3) esto también sucede cuando respecto de estas normas -no demandadas- existe una sospecha de inconstitucionalidad[9].

3.4. La Corte considera que no es posible declarar la integración normativa en esta ocasión porque no se dan las condiciones que la jurisprudencia ha señalado en estos casos.

De un lado, las expresiones acusadas tienen por sí mismas un contenido claro y autónomo por lo cual no es necesario completarlas con el artículo 176 del mismo Decreto para darles

sentido. En efecto, en todas estas expresiones se hace referencia a la facultad de acreditación del ONAC respecto de las entidades de certificación, competencia que precisamente se reprocha en la demanda. Así las cosas, no se requiere completar las expresiones acusadas con el artículo relativo a las derogatorias para comprender el sentido y el alcance de las disposiciones acusadas.

Por otra parte, las normas demandadas tampoco tienen una relación “íntima e inescindible” con el artículo 176 del Decreto ya que una decisión de exequibilidad o inexequibilidad de dichas disposiciones no resulta inocua de no integrar también el artículo de derogatorias.

3.5. En otras palabras, el artículo 176 del Decreto 019 de 2012 puede seguir en el ordenamiento jurídico incluso si se declarara la inconstitucionalidad de las normas demandadas. Esto es así porque los supuestos que regulan ambas disposiciones son diferentes no obstante se refieren en ambos casos a la posibilidad de existencia y funcionamiento de las entidades de certificación: las normas acusadas regulan la acreditación del ONAC y el artículo 176 deroga las facultades de la Superintendencia respecto de las entidades de certificación. Es cierto que de declararse la inexequibilidad de las expresiones demandas podría generarse un vacío respecto de la autoridad facultada para autorizar a dichas entidades, pero esta consideración, que sin duda debe tener en cuenta la Corte, no justifica ni se enmarca en los casos descritos sobre integración normativa.

4. Problemas jurídicos.

La Corte Constitucional, en guarda de la supremacía de la Constitución, resolverá lo siguiente:

1. ¿Incurrió el Presidente de la República en una extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso en la Ley 1474 de 2011, desconociendo los artículos 150.10, 6, 113, 210, 123 y 121 CP así como el artículo 333 Superior, por haber entregado a una corporación privada –el ONAC–, la facultad de decidir sobre la posibilidad de que un particular desarrolle una actividad económica?

2. ¿Se extralimitó el Presidente de la República en el ejercicio de las funciones concedidas

por el Congreso -art. 150.10, 6, 113 y 121 CP-, considerando que los artículos acusados en el Decreto 019 de 2012 ordenaron someter a las entidades de certificación al proceso de acreditación ante el ONAC cuando antes sólo requerían para su reconocimiento la autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio? ¿Constituye dicho procedimiento un nuevo trámite que agrava el reconocimiento de este tipo de entidades?

5.1. La ley habilitante (L 1474/11).

La Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, otorgó facultades legislativas extraordinarias al Presidente de la República, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 75. POLÍTICA ANTITRÁMITES. Para la creación de un nuevo trámite que afecte a los ciudadanos en las entidades del orden nacional, estas deberán elaborar un documento donde se justifique la creación del respectivo trámite. Dicho documento deberá ser remitido al Departamento Administrativo de la Función Pública que en un lapso de treinta (30) días deberá conceptuar sobre la necesidad del mismo. En caso de que dicho concepto sea negativo la entidad se abstendrá de ponerlo en funcionamiento.

PARÁGRAFO 1o. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de seis meses, contados a partir de la fecha de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. (Subraya fuera del original)

PARÁGRAFO 2o. Las facultades extraordinarias atribuidas en el presente artículo no serán aplicables respecto de trámites relacionados con licencias ambientales.

5.2. El Decreto con fuerza de ley (DL 19/12).

5.2.1. Habilitado como legislador extraordinario, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 019 de 2012. Su objetivo fue declarado en los siguientes términos:

ARTICULO 1. OBJETIVO GENERAL. Los trámites, los procedimientos y las regulaciones

administrativas tienen por finalidad proteger y garantizar la efectividad de los derechos de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades y facilitar las relaciones de los particulares con estas como usuarias o destinatarias de sus servicios de conformidad con los principios y reglas previstos en la Constitución Política y en la ley.

En tal virtud, el presente decreto tiene por objeto suprimir o reformar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la Administración Pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.

5.2.2. En las consideraciones del Decreto Ley se resaltan los principios eficiencia, equidad y economía, que deben ser cumplidos por las instituciones de la Administración, atendiendo las necesidades del ciudadano para garantizar la efectividad de sus derechos y bajo los postulados de la buena fe y los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que deben regir las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas.

5.3. Disposiciones demandadas. (art. 160, 161 y 162 y 163 DL 19/12)

5.3.1. Las expresiones acusadas en este caso, se encuentran contenidas en los artículos 160 a 163 del Decreto Ley 019 de 2012, que se inscriben en el Capítulo XI sobre “Trámites, procedimientos y regulaciones del sector administrativo de comercio, industria y turismo”, del Título II sobre el Régimen Especial.

5.3.2. Las citadas disposiciones, modifican respectivamente los artículos 29, 30, el literal h) del 32 y el 34 de la Ley 527 de 1999 “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Dicha legislación pretendió adaptar el régimen jurídico a las nuevas realidades en materia de comunicaciones y comercio para otorgar mayor seguridad jurídica a estas relaciones y transacciones electrónicas y telemáticas[10].

5.3.3. El artículo 160 del Decreto Ley, modifica el artículo 29 de la Ley 527 de 1999 relativo a las características y requerimientos de las entidades de certificación. Sobre el reconocimiento de las entidades de certificación, el artículo 160 reforma la expresión “que

previa solicitud sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio” por la expresión demandada “y sean acreditados por el Organismo Nacional de Acreditación conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. El Organismo Nacional de Acreditación de Colombia suspenderá o retirará la acreditación en cualquier tiempo, cuando se establezca que la entidad de certificación respectiva no está cumpliendo con la reglamentación”. El resto de la norma modificada se mantiene igual a la original, en este sentido, permanecen las mismas condiciones relativas a la capacidad económica y financiera de las entidades de certificación, su capacidad y elementos técnicos para la generación de firmas electrónicas, emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos, así como la condición respecto de los representantes legales y administradores que no pueden haber sido condenados a pena privativa de la libertad o suspendidos en el ejercicio de su profesión por una falta grave contra la ética.

5.3.4. El artículo 161 del Decreto, modifica el artículo 30 de la Ley 527 de 1999 en relación con las actividades de las entidades de certificación. En este caso también la norma sólo modifica la expresión “Las entidades de certificación autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para prestar sus servicios en el país”, por “Las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia para prestar sus servicios en el país”. El resto de la disposición mantiene todas las actividades descritas en la norma original y agrega otras relacionadas en los numerales 6, 7 y 9.

5.3.5. El artículo 162 del Decreto modifica el literal h) del artículo 32 de la Ley 527 de 1999 relativo a los deberes de las entidades de certificación. El señalado literal establecía en su versión original que uno de los deberes de las entidades de certificación consistía en “Permitir y facilitar la realización de las auditorías por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio”. Con la reforma introducida por el artículo 162, el deber de las entidades es hoy el de “Permitir y facilitar la realización de las auditorías por parte del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia. Es responsabilidad de la entidad de certificación pagar los costos de la acreditación y los de las auditorías de vigilancia, conforme con las tarifas del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia”.

5.3.6. El artículo 163 del Decreto Ley reformó el artículo 34 de la Ley 527 de 1999 sobre la cesación de actividades por parte de las entidades de certificación. El artículo en su

versión original establecía que “Las entidades de certificación autorizadas pueden cesar en el ejercicio de actividades, siempre y cuando hayan recibido autorización por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio”. Luego de la modificación, la norma no menciona a las entidades autorizadas por la Superintendencia, sino a las entidades acreditadas por el ONAC y amplía las garantías para terceros en los siguientes términos “Las entidades de certificación acreditadas por el ONAC pueden cesar en el ejercicio de actividades, siempre y cuando garanticen la continuidad del servicio a quienes ya lo hayan contratado, directamente o a través de terceros, sin costos adicionales a los servicios ya cancelados”.

5.3.7. Así las cosas, las modificaciones introducidas por el Decreto Anti trámites respecto de la Ley 527 de 1999 consistieron esencialmente en reformar la facultad de autorización en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la de acreditación de las mismas entidades por parte del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia.

6.1. Alcance del cargo.

El Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley habilitante 1474 de 2011, desconociendo los artículos 150.10, 6, 113, 210, 121 y 123 de la Constitución así como el artículo 333 Superior por haber entregado a una corporación privada –el ONAC-, la facultad de decidir sobre la posibilidad de que particulares, como las entidades de certificación, desarrollen una actividad económica.

6.2. Alcances y límites de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de Ley[11].

6.2.1. La jurisprudencia constitucional ha reiterado en diversas ocasiones que, al encontrarse la función legislativa en cabeza del Congreso[12], la posibilidad de que el Ejecutivo asuma esa competencia a través de decretos es excepcional y de interpretación restrictiva[13], pues constituye una alteración en el reparto ordinario de facultades normativas.

6.2.2. Con el fin de evitar posibles abusos en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República[14], el Constituyente condicionó su otorgamiento, así: (i) solicitud expresa del Gobierno Nacional, sin que proceda por iniciativa congresional; (ii) temporalidad de la habilitación por un término máximo de seis meses[15];

(iii) mayoría absoluta en el Congreso para su concesión[16]; (iv) competencia permanente del Congreso para modificar en todo momento y por iniciativa propia, los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias; (v) “necesidad” o “conveniencia pública” como fundamento de la solicitud; (vi) precisión en la delimitación de las facultades conferidas[17] y, en consecuencia, “interpretación restrictiva” de su alcance, “circunscritas de modo exclusivo al tenor literal de la norma habilitante”[18]; (vii) limitación material de su ejercicio, vedado a la expedición de códigos, decretar impuestos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del artículo 150 -numeral 19- de la C.P.

6.2.3. Las facultades extraordinarias deben ser, materialmente, precisas. Así, además de la limitación temporal, el Presidente de la República se ve constreñido a ejercer las facultades reducidas materialmente a los asuntos para las cuales ha sido habilitado[19]. La jurisprudencia ha señalado los siguientes requisitos de precisión: “1) indicar la materia que delimita el ámbito sustantivo de acción del Ejecutivo; 2) señalar la finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al ejercer las facultades; y 3) enunciar los criterios que han de orientar las decisiones del Ejecutivo respecto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito material general de la habilitación”[20].

Con respecto al señalamiento de la materia que delimita el ámbito sustantivo de acción del Ejecutivo, la jurisprudencia ha reiterado que “el concepto “precisión” se refiere no al grado de amplitud de la ley de facultades, sino a su nivel de claridad en cuanto a la delimitación de la materia a la que se refiere”[21]. En este sentido, la Corte ha considerado que una habilitación amplia y general no es necesariamente contraria a la Carta[22], siempre que no sea vaga e indeterminada, ya que la precisión de la ley habilitante es “parámetro para el control de constitucionalidad sobre la ley de facultades así como sobre los decretos legislativos de desarrollo”[23]. Así, se debe individualizar y determinar claramente el alcance de las facultades otorgadas, excluyendo interpretaciones que admitan la delegación legislativa sobre asuntos que no se encuentren en el ámbito de la habilitación o que no guarden relación directa con dichas materias.

6.2.4. La finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al emplear las facultades extraordinarias, liga su ejercicio a la voluntad del Congreso, de modo que exista coherencia “entre, los motivos que llevaron al legislador a concederlas, y el contenido

mismo de la ley de facultades”[24]. El objetivo de la delegación es “habilitar al Ejecutivo para que en áreas técnicas o complejas, donde tiene especial experticio, sea éste el que legisle siguiendo los parámetros trazados por el Congreso”[25]. La doctrina constitucional ha establecido que al Congreso le corresponde establecer en forma clara, cierta, específica y determinable el campo normativo sobre el cual debe actuar al Presidente de la República y, de otro lado, el Ejecutivo debe ejercer la competencia legislativa transitoria sin exceder los límites fijados en la ley habilitante[26]. Para establecer en cada caso si se han excedido dichos límites, la doctrina constitucional ha señalado la necesidad de identificar el “verbo rector de la facultad” en el que se encuentra definido el alcance de la misma. Precisado el objetivo central, se determina la finalidad que debe orientar al legislador extraordinario[27] para definir si se presentó la extralimitación.

6.2.5. Así las cosas, la enunciación de los criterios que han de orientar las decisiones del Ejecutivo respecto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito material general de la habilitación, debe estar claramente definida en la ley que confiere las facultades extraordinarias, ya de manera explícita o deducida de la ley habilitante[28]. Sin embargo, la jurisprudencia ha advertido que la exigencia de precisión no puede llegar al punto de hacer que sea el propio Legislador quien defina con detalle el contenido de las materias que debe regular el Ejecutivo con las facultades extraordinarias porque ello limitaría en exceso las competencias del Presidente y restaría sentido a la delegación legislativa. Solo se declarará inconstitucional la disposición que excede las facultades extraordinarias cuando se identifique con precisión el abuso de la competencia extraordinaria. En este sentido, la Corte ha considerado que: “el Congreso puede, en consecuencia, conceder facultades para el diseño concreto de unas medidas legislativas pero no puede delegar la definición del norte fundamental de una política pública cuya adopción le ha sido confiada por el Constituyente. El Gobierno puede gozar de la potestad de elegir los medios para desarrollar las finalidades de la habilitación, mas no puede sustituir completamente al Congreso en la delimitación de los aspectos básicos de una política pública que por voluntad del Constituyente corresponde al legislador”[29].

6.2.6. En síntesis, solo serán inconstitucionales los Decretos Ley expedidos por el Presidente de la República en dos eventos:

(1) Cuando versan sobre materias no autorizadas ni incorporadas en la ley habilitante

porque lo anterior supondría desconocerla e invadir el ámbito de competencia del legislador[30];

(2) En los casos en los que la ley de facultades no define en forma clara y específica la materia, objetivos y presupuestos de la delegación[31].

6.2.7. En este punto conviene recordar que, de acuerdo con la doctrina de la Corte, la extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias del Presidente es un vicio sustantivo y, por consiguiente, no está sometido a la regla de caducidad del artículo 242 de la Constitución[32].

6.3. Alcance de la libertad económica en la Constitución Política. Reiteración de la jurisprudencia.

6.3.1. La libertad económica -que comprende la libertad de competencia y de empresa-, se ha definido como un derecho no fundamental de las personas de participar en la vida económica de la Nación. De este modo, se entiende que, en el marco del Estado Social de Derecho, la libertad económica promueve el desarrollo económico y social y garantiza una sociedad democrática y pluralista[33].

6.3.2. La intervención del Estado en la economía es el mecanismo a través del cual se logran estos objetivos ya que permite remover posibles obstáculos y abrir los mercados de bienes y servicios. Es por esta razón, que la Corte[34] ha considerado que no es posible desligar los artículos 333 y 334 de la Constitución, ya que el Estado dirige la economía en aras de garantizar una mejor calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del desarrollo y un ambiente sano.

La actividad de intervención del Estado en la economía pretende de esta manera conciliar los intereses privados de los particulares con el interés general, “por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general” [35]. La intervención en la economía se constituye en un mandato constitucional que adquiere aún mayor relevancia cuando se trata de la prestación de servicios públicos[36].

6.3.3. Así las cosas, la libertad económica no es un derecho ilimitado de los asociados, sino

que debe entenderse en armonía con los demás principios contenidos en la Constitución. En otras palabras, la libertad económica no es solo un derecho que entraña deberes y obligaciones sino que puede ser legítimamente restringido por la Ley cuando el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación lo exijan.

6.3.4. Ahora bien, no obstante se haya reconocido la posibilidad de limitar la libertad económica atendiendo a principios superiores y en cumplimiento de los fines establecidos en la Constitución, la jurisprudencia ha señalado que toda intervención debe obedecer a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Los criterios señalados por la Corte en materia de intervención del Estado en la economía son los siguientes[37]: (1) la intervención debe llevarse a cabo por mandato de la Ley; (2) no se puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (3) la intervención debe responder a motivos adecuados y suficientes que justifiquen las restricciones; (4) esta debe atender al principio de solidaridad; (5) y a criterios de razonabilidad y proporcionalidad[38].

6.4. Las corporaciones de naturaleza privada y sin ánimo de lucro de carácter científico y tecnológico.

6.4.1. La Ley 489 de 1998 regula, en el artículo 96, la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Dicha disposición establece lo siguiente[39]:

ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PUBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes,

coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;
- e) La duración de la asociación y las causales de disolución.

6.4.2. Las personas jurídicas de derecho privado, han sido clasificadas en el derecho civil como fundaciones y corporaciones, ambas sin ánimo de lucro. Mientras que las fundaciones son personas jurídicas que requieren de la existencia de un conjunto de bienes y su afectación por el fundador para fines de utilidad pública, la Corporación resulta de la asociación de un conjunto de personas que buscan desarrollar un servicio o actividad que promueve intereses generales y que les representa un beneficio.[40]

6.4.3. El Decreto 393 de 1991 “Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”, en virtud del cual se constituyó el ONAC, establece en el numeral 1 del artículo 1º que, para adelantar actividades científicas y tecnológicas proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares, bajo la modalidad de corporaciones y fundaciones, mediante la creación de organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones.

6.4.4. De acuerdo con el artículo 5º del mismo Decreto, el régimen legal aplicable a las sociedades civiles y comerciales y las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, son las normas pertinentes del Derecho Privado.

Al respecto, la jurisprudencia ha indicado que incluso las corporaciones y fundaciones en las que el Estado tenga participación mayoritaria y que por consiguiente tengan la condición de entidades estatales, siguen siendo personas jurídicas de derecho privado[41].

6.4.5. Las funciones de las corporaciones se enmarcan en una forma de descentralización por colaboración o descentralización por servicios que encuentra fundamento en los artículos 123, 210 y 267 de la Constitución. La jurisprudencia ha señalado al respecto que, “las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos”[42].

6.4.6. Sobre este tipo de corporaciones y fundaciones, la jurisprudencia estimó en su momento que “el régimen que permite la conformación de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con carácter mixto por la participación de aportes de la Nación y de sus entidades descentralizadas, en todo caso significa la posibilidad de utilizar formas válidas y legítimas de asociación y participación en la gestión de fines públicos o de la atención y de la prestación de verdaderos servicios públicos, y no comportan por sí mismas un simple traslado de recursos públicos a los particulares”[43].

Lo anterior es coherente con la Constitución, en la que se prevén mecanismos para la distribución de competencias de forma participativa y coordinada entre el Estado y los asociados quienes también están llamados a colaborar con las autoridades para lograr los fines estatales y el interés colectivo, tal y como lo consignan los artículos 95 y 355 Superior[44].

6.4.7. Así las cosas, la Corte ha reconocido que la realización de actividades de desarrollo y promoción de la investigación científica y tecnológica, es un objetivo que el Estado debe

realizar por mandato constitucional y que puede desarrollarse en asocio con personas privadas, a través de corporaciones sin ánimo de lucro[45] que, para estos efectos, se consideran entidades descentralizadas por servicios de carácter indirecto. Aun cuando las normas de derecho privado regulan el funcionamiento de dichas asociaciones, la participación pública en las mismas, ordena la aplicación de medidas especiales en relación con el control administrativo y fiscal.

6.5. Naturaleza del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia -ONAC.

6.5.1. Inicialmente, las funciones de acreditación eran realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, que inició esta actividad en 1994.

Posteriormente, en el CONPES 3446 de 2006, el Gobierno reconoció la importancia de impulsar un organismo con las características del ONAC como estrategia para la conformación del Subsistema Nacional de la Calidad en Colombia. Lo anterior, respondía también a los preceptos contenidos en el artículo 4º de la Decisión Andina 376 de 1995.

En ejecución del referido documento de política pública, se creó el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia, como una corporación de carácter privado, sin ánimo de lucro de naturaleza y participación mixta, constituida a partir del 20 de noviembre de 2007, dentro del marco del Código Civil, las normas sobre ciencia y tecnología y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y lo establecido en el Decreto 4738 de 2008, modificado por los Decretos 323 de 2010, y 2124 de 2012, cuyas actividades y programas están sujetas al control administrativo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los términos del artículo 109 de dicha Ley[46].

6.5.2. El patrimonio inicial del Organismo fue 79% aporte del sector público y 21% del sector privado. A 31 de diciembre de 2010 esa relación era de 67% aporte del sector público y 33% del sector privado[47].

6.5.3. A partir del Decreto 4738 de 2008, todas las funciones de acreditación que antes se encontraban en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, fueron designadas por el Gobierno al ONAC, cuyo objeto principal es acreditar la competencia de los Organismos Evaluadores de la Conformidad y desempeñar las funciones de Organismo Nacional de Acreditación de Colombia.

De este modo, el ONAC pretende contribuir al desarrollo de Colombia, a promover la competitividad empresarial, a proteger los intereses de los consumidores en cuanto a calidad y seguridad de los productos y servicios que se les ofrece y a facilitar el comercio, mediante la suscripción de los acuerdos internacionales de reconocimiento a la acreditación[48]. El desarrollo de los objeto del ONAC se encuentre descrito en el artículo 5º de sus Estatutos.

6.5.4. El sistema de gestión del ONAC se fundamenta en los requisitos de la norma ISO/IEC 17011 lo cual garantiza su independencia y contribuye a la consolidación del Subsistema Nacional de la Calidad en relación con los organismos de evaluación de la conformidad.

6.5.5. La decisión sobre la acreditación está a cargo de los Comités de Acreditación. De acuerdo con lo anterior, el Director Ejecutivo expedirá un certificado de acreditación contra el cual procederá el recurso de apelación dentro de los 5 días hábiles siguientes, desde que le sea comunicada al interesado la decisión por parte del ONAC[49].

6.6. Análisis concreto del primer cargo.

6.6.1. El cargo propuesto por los demandantes en este caso, es el de la presunta extralimitación en el ejercicio de las funciones extraordinarias que el Congreso otorgó al Presidente de la República al establecer en cabeza del ONAC la función de acreditar a las entidades de certificación, situación que desconoce además la libertad económica de las mismas, por cuanto somete su reconocimiento y funcionamiento a un organismo particular de derecho privado.

6.6.2. Para resolver el problema jurídico que plantea la demanda será necesario establecer, en primer lugar, si el hecho de que un organismo como el ONAC tenga la facultad de reconocer y acreditar la existencia y funcionamiento de las entidades de certificación, desconoce la libertad económica consignada en el artículo 333 de la Constitución, para lo cual será necesario aplicar un juicio de razonabilidad. En segundo lugar, habrá que establecer si el otorgamiento de dichas facultades en cabeza del ONAC, podía hacerse a través de un Decreto Ley o si ello viola los artículos 123, 150 n. 10 y 210 Superior. Finalmente, la Corte examinará si el Presidente estaba efectivamente habilitado por la Ley 1474 de 2011 para conferir al ONAC, en el Decreto Ley 019 de 2012, la competencia de acreditar a entidades de certificación.

6.6.3. Como se mencionó arriba, la Corte ha interpretado el artículo 333 de la Constitución, en el sentido que la libertad económica no es un derecho absoluto ya que el Legislador se encuentra facultado para limitarlo siempre y cuando esta restricción sea razonable y acorde con el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Carta. No obstante lo anterior, es común que quienes ostentan estos derechos acusen restricciones supuestamente no autorizadas por la Constitución. En estos casos es necesario establecer si dichas limitaciones son constitucionales, razonables y proporcionales.

6.6.3.1. Para efectos de establecer la intensidad del juicio de razonabilidad aplicable en esta ocasión, es necesario resolver de antemano, si este es un caso en el que no solo se debate la presunta violación de la libertad económica de las entidades de certificación, sino también la intervención del Estado en materia de servicios públicos.

La Corte advierte que, atendiendo a la naturaleza de las actividades que realizan las entidades de certificación, las cuales como se verá más adelante, cumplen funciones dirigidas a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones comerciales por vía informática y teniendo en cuenta su importancia para el interés general, las restricciones que se impongan sobre las mismas ameritan la aplicación de un juicio de intensidad débil dado que se trata de asuntos económicos y relacionados con la intervención del Estado en materia de servicios públicos[50].

Así las cosas, se deberá determinar si la finalidad de la norma que atribuye funciones de acreditación de las entidades de certificación al ONAC es legítima, es decir, si no se encuentra prohibida por la Constitución y si es adecuada al fin propuesto.

6.6.3.2. Respecto al primer aspecto mencionado, encuentra la Corte que la finalidad de la norma es garantizar, a través de un organismo técnico especializado como el ONAC, y con fundamento en las condiciones impuestas por la ley y el Gobierno, la idoneidad de las entidades de certificación que a su vez garantizan la seguridad en las relaciones y transacciones por vía informática.

Esta es sin duda una finalidad legítima y reconocida por la misma Constitución, que en su artículo 365 dispone la necesidad de que el Estado asegure una prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional. Igualmente, es acorde con el artículo 1º relativo a la prevalencia del interés general y el artículo 2º que señala los fines

esenciales del Estado. La asignación de estas competencias al Organismo de Acreditación se ajusta además a los artículos 95, 210 y 355 Superiores ya que permite distribuir de manera eficiente competencias entre las autoridades administrativas y el los particulares en aras del interés general.

6.6.3.3. En relación con la idoneidad de la medida examinada para lograr los fines propuestos, la Corte encuentra que, en este caso, se verifica la adecuación de las normas que asignan al ONAC la función de acreditar a las entidades de certificación con la finalidad propuesta.

La naturaleza y competencia técnica del ONAC, permiten atribuirle este tipo de funciones de acreditación de las entidades de certificación. En efecto, y como se expuso anteriormente, el ONAC es una corporación de naturaleza y participación mixta, en la que se asocian personas públicas y privadas para lograr un fin de interés general que consiste en la acreditación de los organismos y entidades establecidas en la Ley y en los diferentes decretos que regulan la materia. Además, el ONAC tiene la competencia técnica para hacer este tipo de evaluaciones porque es un organismo especializado en estos asuntos. En todo caso, los requisitos que se imponen no son los que decide de manera caprichosa el Organismo de Acreditación, sino los que consagra expresamente la Ley 527 de 1999, con las modificaciones introducidas por el Decreto 019 de 2012.

Otro aspecto de gran relevancia a considerar en este punto es que, a pesar de que las atribuciones de acreditación de los requisitos de las entidades de certificación se trasladaron al ONAC, la Superintendencia no perdió la función de control y vigilancia sobre dichas entidades, que ya la Corte había reconocido en el pasado cuando señaló que, “en razón a que la naturaleza de las funciones de las entidades de certificación se consideran como la prestación de un servicio público, la inspección y vigilancia de los servicios públicos que tienen que ver con la certificación, actividades que ejercerán las entidades de certificación, debe radicarse en cabeza de una Superintendencia como la de Industria y Comercio”[51].

Cabe en este punto recordar, tal y como lo hicieron algunos de los intervinientes que, parte de las razones por las cuales se confirió al ONAC la facultad de acreditar a las entidades de certificación, fue el conflicto de interés que podía surgir del hecho de que la

Superintendencia autorizara a dichas entidades y al mismo tiempo ejerciera funciones de inspección, control y vigilancia sobre las mismas.

6.6.3.4. Con fundamento en lo anterior, la Corte considera que no se desconoce la libertad económica de las entidades de certificación porque supeditar el desarrollo de sus actividades a la acreditación del ONAC, con base en las condiciones fijadas por el Gobierno Nacional y la Ley 527 de 1999, no constituye una medida irrazonable ni desproporcionada, sino más bien ajustada a la Constitución y en particular a los artículos 1, 2, 95, 210, 334, 355 y 365.

6.6.4. El segundo asunto que debe resolver la Corte en este punto, es si era posible otorgar a través de un Decreto Ley y no una Ley expedida por el Congreso, las facultades de acreditación al ONAC.

El artículo 150 numeral 10 de la Constitución, proscribe la posibilidad de que en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso, el Presidente expida códigos, leyes estatutarias, orgánicas, leyes para decretar impuestos y crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.

De otro lado, el artículo 210 Superior, establece que la ley regulará la prestación de funciones administrativas por parte de los particulares así como el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. En armonía con lo anterior, el artículo 123 de la Carta dispone que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Considerando las disposiciones constitucionales reseñadas, la Corte estima que es posible asignar en un Decreto Legislativo, funciones, como en este caso la de acreditación, a Organismos de naturaleza mixta que hagan parte del sector descentralizado indirecto por servicios.

En efecto, esta facultad no está prohibida en el artículo 150 numeral 10, ya que esta asignación o traslado de competencias no se relaciona con la expedición de códigos, leyes orgánicas o estatutarias, ni busca decretar impuestos o crear los servicios mencionados en el numeral 20 del mismo artículo.

Por otra parte, la mención de la “ley” en los artículos 123 y 210 de la Constitución, se extiende a los Decretos Ley, que han sido reconocidos como leyes por la jurisprudencia en sentido material porque “cobran la misma fuerza de un estatuto expedido por el Congreso sin haber pasado por las Cámaras, puede modificarse la estructura de la administración pública en el nivel nacional, entendiendo por esta la fijada en la Constitución y en la Ley 489 de 1989, artículo 38 y siguientes”[52].

Al margen de todo lo anterior, es importante resaltar que, de considerarse como inadecuada la reforma realizada por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias, el Congreso podrá modificarla o derogarla, tal y como lo reconoce la propia Constitución en el numeral 10 del artículo 150.

6.6.5. Teniendo en cuenta estas consideraciones, debe preguntarse la Corte si el Decreto Ley 019 de 2012, al confiar al ONAC la función de acreditar a las entidades de certificación excedió las atribuciones concedidas específicamente por la Ley 1474 de 2011.

La Ley habilitante concedió al Presidente facultades extraordinarias para “suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”. En este orden de ideas, el Gobierno decidió otorgar al ONAC la función de acreditar a las entidades de certificación, modificando la Ley 527 de 1999.

La Corte considera que la reforma introducida por el Gobierno guarda coherencia con la Ley habilitante porque supone la reforma de una regulación en el marco de un Decreto Anti trámites que busca hacer más eficiente la prestación del servicio de acreditación y centralizar dicha actividad en cabeza del órgano que tiene la competencia técnica para hacerlo. De hecho, desde la expedición del Decreto 4738 de 2008, el ONAC es el único que realiza este tipo de funciones, que no se circunscriben, como lo señalan los demandantes, a la acreditación de los organismos de evaluación de la conformidad.

Adicionalmente, acorde con el espíritu de la Ley 1474 de 2011, el Gobierno pretendió con esta reforma, darle mayor transparencia al proceso de acreditación de las entidades de certificación, trasladando las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio al ONAC para evitar que esta actuara como juez y parte ya que sigue cumpliendo funciones de inspección, control y vigilancia sobre las mismas.

6.6.6. En razón de lo anterior, la Corte desestimaré el cargo de extralimitación de las funciones extraordinarias concedidas al Presidente en el marco del Decreto Ley 019 de 2012, por haber otorgado al ONAC la función de acreditación de las entidades de certificación, así como el cargo por violación del artículo 333 de la Constitución.

6.6. Conclusión del primer cargo.

En este caso no se verifica una extralimitación de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por el Congreso, ya que este se encontraba habilitado para otorgar funciones de acreditación al ONAC en el Decreto Ley 019 de 2012, sin que ello desconociera la reserva del Congreso de regular este tipo de asuntos, ni la libertad económica de las entidades de certificación.

7. Cargo 2: Violación de los artículos 6, 113, 121 y 150.10 CP por extralimitación del Presidente en el ejercicio de funciones extraordinarias al haber creado el nuevo trámite de “acreditación” de las entidades de certificación digital y haber eliminado el de “autorización”.

7.1. Alcance del cargo.

El Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso en la Ley 1474 de 2011, al disponer en los artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto Ley 019 de 2012, que las entidades de certificación deben someterse al trámite de acreditación por parte del ONAC cuando antes solo se requería la autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio, desconociendo de esta manera los artículos 150.10, 6, 113 y 121 de la Constitución Política al haber creado un nuevo trámite más gravoso para las entidades de certificación no autorizado por la ley habilitante.

7.2. Naturaleza y características de las entidades de certificación.

7.2.1. Las entidades de certificación han sido definidas en el artículo 2º, literal d) de la Ley 527 de 1999 como “aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las

comunicaciones basadas en las firmas digitales”.

En este orden de ideas, las entidades de certificación prestan un servicio público y tienen como fin proporcionar seguridad jurídica a las relaciones comerciales por vía informática. Tal y como lo ha señalado la Corte, “aunque su carácter eminentemente técnico no se discute, comoquiera que se desprende inequívocamente del componente tecnológico que es característico de los datos electrónicos, es lo cierto que participa de un importante componente de la tradicional función fedante, pues al igual que ella, involucra la protección a la confianza que la comunidad deposita en el empleo de los medios electrónicos de comunicación así como en su valor probatorio, que es lo realmente relevante para el derecho, pues, ciertamente es el marco jurídico el que crea el elemento de confianza” [53].

Así, la confianza es determinante en el desarrollo de las comunicaciones y el comercio electrónico porque permite considerar estos medios como seguros y adecuados para este tipo de actividades.

7.2.2. La Ley 527 de 1999 define los elementos que comprenden las funciones de las entidades de certificación.

De una parte, (i) la firma digital, valor numérico que se adhiere al mensaje de datos y que empleando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación[54]. A través de la firma digital se busca garantizar que un mensaje de datos determinado proceda de determinada persona y que en ese proceso no sufra ningún tipo de alteración, lo cual se logra a través de la criptografía y requiere la aplicación de específicas competencias técnicas así como del uso de un equipo físico especial.

La firma digital debe cumplir con las mismas funciones de la firma tradicional consignada en papel, es decir, debe poder servir para identificar a una persona como el autor, dar certeza de la participación exclusiva de dicha persona en el acto de firmar y asociar a la misma el contenido de un documento[55].

Por otro lado (ii) los mensajes de datos, se definen como la información generada, enviada,

recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como el intercambio electrónico de datos (EDI), internet, correo electrónico, telegrama, télex o telefax[56].

Respecto de los mensajes de datos, la jurisprudencia ha reconocido que deben recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel por tener la misma eficacia jurídica, de ahí la necesidad de preservar su integridad y de contar con entidades de certificación que garanticen técnicamente su equivalencia funcional con los documentos de papel[57].

Las entidades de certificación tienen pues una labor trascendental en la actualidad por cuando garantizan que todas las operaciones que envuelvan transmisión y conservación de mensajes de datos y certificaciones sobre firmas digitales, se realicen de manera segura.

7.2.3. De acuerdo con el Capítulo II de la Parte II de la Ley 527 de 1999, las entidades de certificación materializan las funciones enunciadas anteriormente realizando las actividades descritas en el artículo 30, modificado por el artículo 161 del Decreto 019 de 2012, y que consisten básicamente en la emisión de certificados, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Capítulo III de la Parte II de la misma Ley, y en la prestación de servicios relativos a firmas digitales y mensajes de datos. Las certificaciones han sido definidas como manifestaciones en las que se verifica la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas y la integridad de un mensaje de datos[58].

De este modo, las entidades de certificación certifican técnicamente que un mensaje de datos es auténtico porque cumple con los elementos fundametales para considerarlo como tal, es decir, la confidencialidad, la autenticidad, la integridad y la no repudiación de la información[59].

En relación con las firmas digitales, las entidades de certificación emiten certificados sobre la alteración entre el envío y la recepción del mensaje de datos y respecto de la persona que tenga un derecho u obligación en los actos relacionados con contratos de transportes de mercancías reseñados en los literales f) y g) del artículo 26 de la Ley 527. De otro lado, los servicios que ofrecen estas entidades son los de creación de firma digital, registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos y de archivo y conservación de los mismos.

7.2.4. Los deberes de las entidades de certificación, se encuentran especificados en el artículo 32 de la Ley 527, modificado por el artículo 161 del Decreto 019 de 2012 y se refieren a garantizar condiciones de confidencialidad y de seguridad para la creación de firmas digitales y la conservación de la información y de los certificados, la obligación de prestar oportunamente los servicios, de proporcionar información requerida por entidades administrativas o judiciales competentes, realizar publicaciones, permitir la realización de auditorías por parte del ONAC y llevar un registro de los certificados.

7.2.5. De acuerdo con las modificaciones implementadas a la Ley 527 de 1999 por el Decreto 019 de 2012 en los artículos 160 a 163 que en esta ocasión se demandan, las entidades de certificación, que pueden ser personas jurídicas, públicas o privadas o Cámaras de Comercio, pueden desarrollar sus actividades luego de obtener la acreditación del ONAC.

7.2.6. A su vez, dichas entidades pueden cesar sus actividades siempre que se garantice la continuidad del servicio contratado sin adicionales, en los términos del artículo 34 de la Ley modificado por el artículo 163 del Decreto 019 de 2012.

7.3. Descripción de la función de autorización de la Superintendencia y la de acreditación del ONAC respecto de las entidades de certificación.

7.3.1. Considerando que en uno de los cargos se reprocha la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas en los artículos 160 a 164 del Decreto 019 de 2012, con fundamento en una extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente, por haber agravado el trámite para la existencia y funcionamiento de las entidades de certificación reformando la autorización previa de la Superintendencia por la acreditación previa del ONAC, la Sala debe en este punto determinar las características y esclarecer las diferencias entre estos dos procedimientos.

7.3.2. La autorización de las actividades de las entidades de certificación por parte de la Superintendencia, que quedó derogada por el artículo 176 del Decreto Anti Trámites, fue regulada por el Decreto 1747 de 2000 “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales” -derogado por el Decreto 333 de 2014- y por la Resolución 26930 del 26 de octubre de 2000 “Por la cual se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento

de las entidades de certificación y sus auditores”, emitida por el Superintendente.

En dichas disposiciones, se establecía la acreditación de requisitos de las entidades de certificación abiertas y cerradas ante la Superintendencia de Industria y Comercio[60], la cual, una vez los hubiese verificado, expedía una resolución de autorización[61] en la que se precisaban las actividades y servicios que podía prestar la entidad de certificación, permitiendo que esta pudiera solicitar autorización para prestar actividades y servicios adicionales[62].

La autorización de la Superintendencia era por consiguiente un acto administrativo, regido por las normas de derecho público, que obedecía al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 527 de 1999 y otras disposiciones como el Decreto 1747 de 2000 y la Resolución 26930 de 2000 que precisaban el alcance de la competencia de dicha entidad.

7.3.3. El Decreto 019 de 2012 modificó la autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio a las actividades de las entidades de certificación, por la acreditación del ONAC.

La descripción de la competencia de este Organismo se fijó en el Decreto 333 de 2014 “por el cual se reglamenta el artículo 160 del Decreto-ley 19 de 2012”, que derogó el Decreto 1747 de 2000.

Los requisitos que deben acreditar tanto las entidades de certificación tanto abiertas como cerradas, son los mismos que se acreditaban antes ante la Superintendencia pero el resultado no es ya un acto administrativo sino una acreditación de las entidades de certificación por parte del ONAC, organismo constituido como una corporación sin ánimo de lucro de naturaleza y participación mixta, regido por normas de derecho privado, cuyas actividades y programas están sujetas al control administrativo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los términos del artículo 109 de la Ley 489 de 1998[63].

7.3.5. Para ilustrar lo anterior, conviene reseñar en un cuadro las semejanzas en relación con el procedimiento de autorización y de acreditación.

Ley 527 de 1999

Decreto 019 de 2012

CARACTERÍSTICAS Y REQUERIMIENTOS DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN.

ARTÍCULO 29. Podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que previa solicitud sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y que cumplan con los requerimientos establecidos por el Gobierno Nacional, con base en las siguientes condiciones:

- a) Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación;
- b) Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta ley;
- c) Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquélla. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo período que la ley penal o administrativa señale para el efecto.

ARTICULO 29. Podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que cumplan con los requerimientos y sean acreditados por el Organismo Nacional de Acreditación conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. El Organismo Nacional de Acreditación de Colombia suspenderá o retirará la acreditación en cualquier tiempo, cuando se establezca que la entidad de certificación respectiva no está cumpliendo con la reglamentación emitida por el Gobierno Nacional, con base en las siguientes condiciones:

- a. Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación;
- b. Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta ley;
- c. Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquélla. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo período que la ley penal o administrativa señale para el efecto.

Para reforzar este argumento, vale la pena hacer referencia también al Decreto 1747 de 2000 y al Decreto 333 de 2014 que lo derogó, dado que en ambas disposiciones se plantean los mismos requisitos de acreditación:

Decreto 1747 de 2000

Decreto 333 de 2014

ARTÍCULO 3º. Quienes pretendan realizar las actividades propias de las entidades de certificación cerradas deberán acreditar ante la Superintendencia de Industria y Comercio que:

1. Los administradores y representantes legales no están incurso en las causales de inhabilidad previstas en el literal c) del artículo 29 de la Ley 527 de 1999, y
2. Están en capacidad de cumplir los estándares mínimos que fije la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo a los servicios ofrecidos.

Artículo 5°. Quienes soliciten la acreditación para operar como entidades de certificación cerradas, deberán indicar específicamente las actividades en las que pretendan acreditarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161 del Decreto-ley 19 de 2012 y demostrar ante el ONAC, además de los requisitos previstos en el Capítulo III de este decreto, los siguientes requisitos:

1. Sus administradores y representantes legales no están incursos en las causales de inhabilidad previstas en el literal c) del artículo 29 de la Ley 527 de 1999.
2. Que cumplen con los estándares técnicos nacionales e internacionales vigentes y con los criterios específicos de acreditación que para el efecto establezca el ONAC.

Parágrafo. Las entidades de certificación cerradas no tendrán que demostrar ante el ONAC el cumplimiento de los requisitos adicionales que se exigen a las entidades de certificación abiertas.

ACREDITACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN ABIERTAS

ARTÍCULO 5º. Quienes pretendan realizar las actividades propias de las entidades de certificación abiertas deberán particularizarlas y acreditar ante la Superintendencia de Industria y Comercio:

1. Personería jurídica o condición de notario o cónsul.

Cuando se trate de una entidad extranjera, se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos contemplados en el libro segundo, título VIII del Código de Comercio para las sociedades extranjeras que pretendan ejecutar negocios permanentes en territorio colombiano. Igualmente deberá observarse lo establecido en el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil.

2. Que los administradores y representantes legales no están incursos en las causales de inhabilidad previstas en el literal c) del artículo 29 de la Ley 527 de 1999.

3. Declaración de Prácticas de Certificación (DPC) satisfactoria, de acuerdo con

los requisitos establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

4. Patrimonio mínimo de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la autorización.
5. Constitución de las garantías previstas en este decreto.
6. Infraestructura y recursos por lo menos en la forma exigida en el artículo 90. de este decreto.
7. Informe inicial de auditoría satisfactorio a juicio de la misma Superintendencia.
8. Un mecanismo de ejecución inmediata para revocar los certificados digitales expedidos a los suscriptores, a petición de estos o cuando se tenga indicios de que ha ocurrido alguno de los eventos previstos en el artículo 37 de la Ley 527 de 1999.

PARÁGRAFO 1º. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá la facultad de solicitar ampliación o aclaración sobre los puntos que estime conveniente.

PARÁGRAFO 2º. Si se solicita autorización para certificaciones recíprocas, se deberán acreditar adicionalmente la entidad reconocida, los certificados reconocidos y el tipo de certificados al cual se remite, la vigencia y los términos del reconocimiento.

Artículo 7º. Quienes soliciten la acreditación para operar como entidades de certificación abiertas, deberán indicar específicamente las actividades en las que pretendan acreditarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161 del Decreto-ley 19 de 2012 y demostrar ante el ONAC, además de los requisitos previstos en el Capítulo III de este decreto, los siguientes requisitos:

1. Personería jurídica o condición de notario o cónsul.

Cuando se trate de una entidad extranjera, se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos contemplados en el Libro Segundo, Título VIII del Código de Comercio para las sociedades extranjeras que pretendan ejecutar negocios

permanentes en territorio colombiano. Igualmente deberá observarse lo establecido en el artículo 58 del Código General del Proceso, o las normas que lo modifiquen.

2. Que los administradores y representantes legales no están incurso en las causales de inhabilidad previstas en el literal c) del artículo 29 de la Ley 527 de 1999.

3. Declaración de Prácticas de Certificación (DPC) satisfactoria, de acuerdo con los requisitos establecidos por el ONAC.

4. Patrimonio mínimo de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la solicitud de acreditación y durante la vigencia de la misma.

5. Constitución de las garantías previstas en este decreto.

6. Infraestructura y recursos por lo menos en la forma exigida en el artículo 11 de este decreto.

7. Un procedimiento de ejecución inmediata para revocar a todo nivel los certificados expedidos a los suscriptores, a petición de estos o cuando ocurra alguno de los eventos previstos en el artículo 37 de la Ley 527 de 1999.

8. Cumplir con los estándares técnicos nacionales e internacionales vigentes y con los criterios específicos de acreditación que para el efecto establezca el ONAC.

Parágrafo 1°. El ONAC tendrá la facultad de solicitar ampliación o aclaración sobre los puntos que estime conveniente.

Parágrafo 2°. En el caso de los certificados recíprocos, se deberán acreditar adicionalmente la entidad reconocida, los certificados reconocidos y el tipo de certificado al cual se remite, la vigencia y los términos del reconocimiento.

7.3.6. La comparación entre las disposiciones reseñadas, permite establecer que en el caso concreto de las entidades de certificación, los procedimientos de autorización y acreditación no son sustancialmente diferentes.

7.4. Análisis concreto del segundo cargo.

7.4.1. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte entra a resolver si en esta ocasión, el Presidente excedió las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al cambiar el trámite de autorización ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por el de acreditación ante el ONAC por parte de las entidades de certificación.

Los demandantes consideran que la Ley 1474 de 2011 autorizó reformar o modificar trámites o procedimientos innecesarios, sin embargo la acreditación ante el ONAC no solo constituye un nuevo trámite, ya que es un procedimiento completamente diferente a la autorización ante la Superintendencia, sino que agrava las condiciones para el ejercicio de las actividades de las entidades de certificación. Por consiguiente, el Presidente no estaba autorizado para crear este nuevo trámite más gravoso para las mencionadas entidades, cuando el espíritu del Decreto Anti trámites era, por el contrario, facilitar los procedimientos ante la Administración.

7.4.2. El artículo 75 de la Ley 1474 de 2011 señala el alcance de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Ejecutivo y define el verbo rector de las mismas. En dicha disposición referida a la política antitrámites, se establece en el párrafo 1º la autorización para que el Presidente de la República “expida normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

La referida habilitación se encuentra enmarcada en una política estatal más amplia, relacionada con la creación de mecanismos de prevención y sanción de la corrupción y de efectividad del control de la gestión pública. En este contexto, al Gobierno le correspondía definir cuáles eran dichas regulaciones, trámites y procedimientos que resultaban innecesarios y superfluos, ya que tal competencia fue justamente la materia de las facultades excepcionales[64]. Significa que contaba el Presidente con un amplio y razonable margen de apreciación para definir, con base en su experiencia técnica, cuáles eran dichos trámites innecesarios, y establecer los requisitos en caso de que las entidades del orden nacional requirieran imponer nuevos procedimientos o regulaciones que afectaran a los ciudadanos[65]. Tal y como lo ha señalado en casos similares la jurisprudencia, “por estar el Ejecutivo más directamente compenetrado con la función administrativa, tiene a su disposición mejores elementos de juicio para juzgar la necesidad o no necesidad de una determinado trámite o exigencia pública”[66].

7.4.3. Ahora bien, el Presidente, en el marco de las facultades extraordinarias concedidas, estimó que era necesario mantener un procedimiento de acreditación de las entidades de certificación, considerando la importancia de las funciones que éstas cumplen. En efecto, como ya se ha mencionado, estas entidades prestan un servicio público que en la actualidad reviste gran importancia dada la expansión del comercio electrónico y de las transacciones por internet, de lo cual se desprende la necesidad de garantizar la idoneidad y capacidad de las entidades que certifican firmas digitales y que se relacionan con la transmisión y conservación de mensajes de datos[67].

7.4.4. No obstante se haya modificado el requisito de “autorización” por lo que hoy el Decreto Ley denomina “acreditación”, al analizar las normas de la Ley 527 de 1999 modificadas por el Decreto 019 de 2012, y luego de revisar los Decretos que han regulado los requisitos que deben cumplir las entidades de certificación para poder realizar sus actividades, como el 1747 de 2000 y el 333 de 2014, la Corte constata que lo que debían demostrar ante la Superintendencia las entidades de certificación antes de la entrada en vigencia del Decreto Anti Trámites para ser reconocidas como tales, es igual a lo que deben acreditar hoy en día ante el ONAC.

7.4.5. En otras palabras, la Corte estima que los requisitos de acreditación para el reconocimiento de las actividades de las entidades de certificación no han cambiado. La autorización de la Superintendencia y la acreditación del ONAC se siguen sujetando a las condiciones establecidas por el Gobierno y se excluye, contrario a lo que alegan los demandantes, cualquier referencia a normas técnicas de calidad de carácter no gubernamental.

7.4.6. Claramente la modificación más sustancial introducida por el Decreto Ley no está en el trámite como tal sino en que la competencia de acreditar el cumplimiento de los requisitos pasa de la Superintendencia al ONAC y esta situación tiene unas implicaciones que ya fueron examinadas al analizar el primer cargo. Sin embargo, el hecho de que el ONAC sea una entidad de acreditación que tiene como función natural evaluar la competencia de los organismos de evaluación de la conformidad (OEC), no implica que las entidades de certificación se equiparen con este tipo de organismos, ni tampoco que deba aplicársele su mismo trámite de acreditación.

En efecto, las entidades de certificación, como se mencionó anteriormente, emiten certificados en relación con firmas digitales y presentan servicios de registro y estampado cronológico de transmisión y recepción de mensajes de datos, mientras que los organismos de acreditación de la conformidad verifican la conformidad de los productos (incluidos servicios) con requisitos especificados para establecer objetivamente dicho cumplimiento; de este modo, los OEC desarrollan actividades evaluación de la conformidad que incluyen la certificación, la inspección, el ensayo/prueba y, en el contexto de la norma NTC ISO/IEC 17011, la calibración[68].

De otra parte, la acreditación de las entidades de certificación depende del cumplimiento de las condiciones consignadas en el Decreto Ley 019 de 2012 y en el Decreto 333 de 2014, mientras que la acreditación de los organismos de evaluación de la conformidad está consignado en el Decreto 323 de 2013 y se rige por la norma NTC ISO/IEC 17011.

7.4.7. Si bien el argumento de los demandantes se centra en el trámite y los requisitos de acreditación, es importante considerar en este punto que los recursos que se interponen ante la decisión de la Superintendencia y ante la del ONAC pueden llegar a ser diferentes por tratarse de entidades de naturaleza diversa. Sin embargo, esta situación no agrava el trámite considerado que los interesados pueden en todo interponer las acciones pertinentes tanto contra los actos administrativos emanados por la Superintendencia, como de las decisiones particulares expedidas por el ONAC.

7.4.8. En conclusión, el Gobierno trasladó la facultad de acreditar la existencia de las entidades de certificación de la Superintendencia de Industria y Comercio al ONAC pero no modificó el procedimiento, ni creó uno nuevo tal y como se constata de la confrontación entre las normas anteriores y las vigentes, por lo cual, desde esta perspectiva no constata la Corte una extralimitación en las facultades extraordinarias del Presidente.

El hecho de que la competencia de acreditar a las entidades de certificación haya pasado al ONAC no supone la existencia de un nuevo trámite más gravoso que el que disponía la Ley 527 de 2000, porque las condiciones de acreditación no son las mismas que se aplican para evaluar la competencia de los organismos de evaluación de la conformidad y porque, en todo caso, el Decreto Ley establece con claridad que las condiciones de acreditación son las establecidas por el Gobierno y no por reglas técnicas de calidad.

7.5. Conclusión del segundo cargo.

III. CONCLUSIÓN.

1. La demanda.

El Presidente excedió las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso en la Ley 1474 de 2011 para expedir el Decreto Ley 019 de 2012 al modificar mediante los artículos 160, 161, 162 y 163, la Ley 527 de 1999.

(i) De un lado, se reprochaba que se hubiese cambiado el requisito de “autorización” de las entidades de certificación, por el de “acreditación” de las mismas. La acreditación es un trámite diferente y más complejo que el que existía previamente, lo cual contradice el espíritu del Decreto 019 de 2012 y, adicionalmente, es un procedimiento que no se aplica en la práctica a entidades de esta naturaleza sino a los organismos de evaluación de la conformidad. Por esta razón se estimaban desconocidos los artículos 6, 113, 121 y 150.10 de la Constitución.

(ii) Por otra parte se consideraba que, el hecho de que la facultad de acreditar a las entidades de certificación se hubiese otorgado al Organismo Nacional de Acreditación, suponía la violación adicional de los artículos 210 y 333 de la Constitución.

2. Problemas jurídico-constitucionales.

En la presente sentencia se plantearon dos problemas jurídicos.

(i) ¿Incurrió el Presidente de la República en una extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso en la Ley 1474 de 2011, desconociendo los artículos 150.10, 6, 113, 210 y 121 CP así como el artículo 333 Superior, por haber entregado a una corporación privada -el ONAC-, la facultad de decidir sobre la posibilidad de que un particular desarrolle una actividad económica?

(ii) ¿Se extralimitó el Presidente de la República en el ejercicio de las funciones concedidas por el Congreso -art. 150.10, 6, 113 y 121 CP-, considerando que los artículos acusados en el Decreto 019 de 2012 ordenaron someter a las entidades de certificación al proceso de acreditación ante el ONAC cuando antes sólo requerían para su reconocimiento la

autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio? ¿Constituye dicho procedimiento un nuevo trámite que agrava el reconocimiento de este tipo de entidades?

3. Cargo 1º. Artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto Ley 019 de 2012 Vs art. 6, 113, 121, 150 n. 10, 123, 210 y 333 CP.

Las entidades de certificación cumplen un servicio público considerando la importancia de sus funciones para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones comerciales por vía informática, por lo cual se permite una mayor intervención del Estado en la regulación de esta actividad. El hecho de que en el Decreto Ley 019 de 2012, el Legislador extraordinario hubiese otorgado al ONAC la función de acreditación de dichas entidades, no contraviene la Constitución porque el Presidente estaba habilitado por la Ley 1474 de 2011 para hacerlo y porque, en todo caso, no se trata de una medida desproporcionada. En efecto, la Ley habilitante facultó al Presidente para agilizar y volver más eficientes los trámites ante la Administración, a lo cual respondió el Decreto 019 de 2012 concentrando todas las funciones de acreditación, incluyendo las de las entidades de certificación, en el ONAC, evitando al mismo tiempo que la Superintendencia actuara como juez y parte en la acreditación de requisitos de dichas entidades, puesto que también tiene funciones de control y vigilancia sobre las mismas. De otro lado, la facultad de acreditación del ONAC, no solo se ajusta al interés general y a los fines del Estado, sino también a los artículos 9, 210 y 335 de la Constitución porque permite distribuir eficientemente las competencias entre las autoridades administrativas y los particulares. Además se trata de una medida idónea para lograr los fines propuestos por cuanto el ONAC es un organismo técnico que desde la expedición del Decreto 4738 de 2008 cumple todas las funciones de acreditación en Colombia. En todo caso la Superintendencia continuará realizando funciones de control y vigilancia sobre las entidades de certificación.

Así, en este caso no se verifica una extralimitación de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por el Congreso, ya que este se encontraba habilitado para otorgar funciones de acreditación al ONAC en el Decreto Ley 019 de 2012, sin que ello desconociera la reserva del Congreso de regular este tipo de asuntos, ni la libertad económica de las entidades de certificación.

4. Cargo 2º. Artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto Ley 019 de 2012 Vs artículos 6, 113,

121 y 150.10 CP.

Comparando la competencia de la Superintendencia descrita en la Ley 527 de 1999 y la facultad del ONAC enunciada en el Decreto 019 de 2012, así como los Decretos 1747 de 2000 y el Decreto 333 de 2014, no advierte la Corte que los requisitos para acreditar a las entidades de certificación hayan cambiado sustancialmente no obstante se hubiese modificado la palabra “autorización” por la de “acreditación”. Para acreditar a las entidades de certificación, el ONAC debe, como en su momento lo hizo la Superintendencia, sujetarse a los requerimientos establecidos por el Gobierno Nacional y no a normas técnicas como aducen los demandantes. Así las cosas la acreditación de las entidades de certificación no se asimila a la acreditación de los organismos de evaluación de la conformidad (OEC).

De este modo, no se verifica una extralimitación de las funciones extraordinarias concedidas al Presidente por parte del Congreso respecto del trámite de acreditación de las entidades de certificación por cuanto no se creó un nuevo procedimiento para avalar su existencia ni se agravó el existente y porque, en todo caso, la acreditación por parte del ONAC se supedita a la Ley y a las condiciones definidas por el Gobierno en esta materia.

5. Razón de la decisión.

Los artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto Ley 019 de 2012 son exequibles porque el Presidente de la República se encontraba habilitado por la Ley 1474 de 2011 para trasladar, de la Superintendencia de Industria y Comercio al ONAC, la función de acreditar a las entidades de certificación, sin que pueda considerarse que dicha competencia constituye un nuevo trámite, más gravoso para dichas entidades, ni que desconozca su derecho a la libertad económica.

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLES los apartes acusados en los artículos 160, 161, 162 y 163 del Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar

regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidente

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con excusa

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Impedimento aceptado

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Concepto No. 5896 de marzo 27 de 2015.

[2] Al respecto ver sentencias C-1052 de 2001, C-910 de 2007, C-860 de 2007, C-211 de 2007, C- 991 de 2006, C-803 de 2006, C-777 de 2006, C-1294 de 2001 y C-1052 de 2001.

[3] C-335 de 2012 y C-1052 de 2001.

[4] Ibídem.

[5] C-1052 de 2001.

[6] Ibídem.

[7] C-634 de 2011, C-320 de 1997.

[9] C-804 de 2006.

[10] C-662 de 2000.

[11] En este capítulo se recoge la síntesis jurisprudencial que sobre esta materia realizó la sentencia C-745 de 2012.

[12] C-306 de 2004, C-732 de 2005.

[13] C-510 y C-511 de 1992.

[14] Las razones por las cuales la figura de las facultades extraordinarias fue limitada en la CP de 1991, de modo que la habilitación legislativa al Presidente de la República no fuera objeto de abusos y excesos, se encuentran ampliamente descritas en la sentencia C-097 de 2003: “El Constituyente de 1991 quiso enfrentar el abuso consistente en la atribución recurrente y generalizado de las funciones legislativas al Gobierno mediante la institución de las facultades extraordinarias. Se pretendía con ello fortalecer el principio democrático y atenuar los excesos presidencialistas del régimen vigente”.

[15] C-097 de 2003: “Desde sus inicios, mediante las sentencias C-510 y C-511 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte, partiendo de la premisa de que el Congreso es el titular del poder legislativo, interpretó el requisito de la transitoriedad de la habilitación en el sentido de que las facultades extraordinarias sólo pueden ser ejercidas por una sola vez sin que haya lugar, dado que se agotan al ser ejercidas, a modificar los decretos con fuerza de ley mediante el uso posterior de dichas facultades dentro del término otorgado por el legislador ordinario”

[16] C-1028 de 2002: “No es posible, en consecuencia, entender que la delegación legislativa se ha hecho de modo implícito, sino que debe contar con una expresa manifestación de voluntad del Congreso en la que haga constar claramente que autoriza al Gobierno para dictar normas con rango de ley”

[17] C-061 de 2005: “La precisión se refiere, pues, a las materias respecto de las cuales se imparte la habilitación legislativa, y es en relación con dichas materias que debe verificarse si el Ejecutivo ha respetado los límites competenciales que pesan sobre sus facultades extraordinarias”.

[18] C-398 de 1995.

[19] C-1157 de 2003.

[20] C-097 de 2003, C-061 de 2005.

[21] C-074 de 1993.

[22] C-061 de 2005: “El requisito de precisión en el otorgamiento de facultades extraordinarias no riñe con la posibilidad de que tales facultades sean más o menos amplias”.

[23] C-097 de 2003

[24] C-503 de 2001

[25] C-097 de 2003.

[26] C-734 de 2005,

[27] C-734 de 2005, C-306 de 2004 y C-097 de 2003.

[28] C-097 de 2003: “deben materializarse de manera explícita en el texto del artículo que confiere las facultades extraordinarias. No obstante, en ocasiones pueden estar dispersas en la ley correspondiente, como cuando dicha ley contiene los principios rectores de un sistema que la misma ley desarrolló pero de manera incompleta puesto que se optó por habilitar al Ejecutivo para terminar la obra del Congreso”

[29] C-097 de 2003.

[30] C-398 de 1995: “Se viola, por tanto, el artículo 150, numeral 10, de la Carta Política, que indica los límites constitucionales de las facultades extraordinarias, y se desconoce, además, el artículo 3º ibídem, a cuyo tenor los representantes del pueblo deben ejercer el Poder Público en los términos que la Constitución establece. Igualmente resultan vulnerados los artículos 121 y 123 C.P., según los cuales ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Y, claro está, es transgredido el artículo 113 de la Constitución, que consagra funciones separadas a cargo de las diferentes ramas del Poder Público”.

[31] C-734 de 2005, C-306 de 2004 y C-097 de 2003.

[32] A partir de la sentencia C-546 de 1993, la Corte estimó que la competencia en el derecho público equivale a la capacidad en el derecho privado, siendo el presupuesto esencial de la validez de los actos ejecutados por el funcionario, por consiguiente, los vicios de competencia son de fondo porque hacen posible anular el acto de derecho público indebidamente producido.

[33] C-639 de 2010, C-277 de 2006, C-870 de 2003, C-615 de 2002, entre otras.

[34] C-353 de 2006.

[35] C-615 de 2002, C-870 de 2003 y C-277 de 2006.

[36] C-353 de 2006.

[37] C-639 de 2010.

[38] C-398 de 1995.

[39] Respecto de esta disposición, la Corte, en la sentencia C-671 de 1999, consideró que era acorde a la Constitución en los siguientes términos: “En relación con la norma en mención, se observa por la Corte que la autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de

derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de “los cometidos y funciones” que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado (...).”.

[41] C-230 de 1995.

[42] Ibídem.

[43] C-506 de 1994.

[44] C-372 de 1994.

[45] C-316 de 1995.

[46] <http://www.onac.org.co/modulos/contenido/default.asp?idmodulo=252>.

[47] Ibídem.

[48] ESTATUTOS DEL ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA – ONAC.

[49] Artículo 44 del Estatuto del ONAC.

[50] En otras palabras, se aplica un juicio de proporcionalidad débil porque en materia de servicios públicos, es posible tolerar una intervención mayor por parte del Estado considerando los intereses generales que se pretende proteger.

[51] C-662/00

[52] C-053 de 2013

[53] C-662 de 2000.

[54] Art. 2º, literal c) Ley 527 de 1999.

[55] C-662 de 2000.

[56] Art. 2, literal a) Ley 527 de 1999.

[57] La sentencia C-662 de 2000 dijo sobre los mensajes de datos lo siguiente: “Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse”.

[58] C-662 de 2000.

[59] C-662 de 2000: “La confidencialidad connota aquellos requisitos técnicos mínimos necesarios para garantizar la privacidad de la información.

La autenticidad es la certificación técnica que identifica a la persona iniciadora o receptora de un mensaje de datos.

La integridad es el cumplimiento de los procedimientos técnicos necesarios que garanticen que la información enviada por el iniciador de un mensaje es la misma del que lo recibió.

Y, la no repudiación es el procedimiento técnico que garantiza que el iniciador de un mensaje no puede desconocer el envío de determinada información”.

[60] Ver art. 3 y 5 del Decreto 1747 de 2000.

[61] Art. 17 del Decreto 1747 de 2000.

[62] En todo caso la Superintendencia contaba con otras funciones para garantizar la integridad, seguridad y conservación de los certificados expedidos, así como la compensación económica que pudiera generar la cesación de actividades y además determinaba los estándares admisibles con respecto a los cuales las entidades de certificación deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos relativos a la generación de pares de claves, la generación de firmas, los certificados, los sistemas de cifrado, las

comunicaciones, la seguridad de los sistemas de información y de las instalaciones y otros aspectos relativos a la confiabilidad y seguridad de los certificados, o de la información conservada en la entidad de certificación.

[63] <http://www.onac.org.co/modulos/contenido/default.asp?idmodulo=252>.

[64] Ver C-340 de 1996 y C-433 de 1996 en las que la Corte estableció que no correspondía al Legislador definir qué trámites o procedimientos eran innecesarios en cuanto la delegación legislativa radicaba precisamente en eso.

[65] C-745 de 2012.

[66] C-433 de 1996.

[67] C-662 de 2000.

[68] NTC ISO/IEC 17011.