

ICA 07/03/2023 14:14
Al Contestar cite este No.: 20233101856
Origen: Oficina Asesora Jurídica
Destino: Dirección Técnica de Epi
Anexos: Fol:8

MEMORANDO

11.100.2
Bogotá,

PARA: **EVERTH EMILIO EBRATH RAVELO**
Dirección Técnica de Epidemiología y Vigilancia Fitosanitaria (E)

DE: **OFICINA ASESORA JURÍDICA**

ASUNTO: **Concepto Jurídico No. 004 - 2023 Vigilancia Oficial de Planes de Trabajo.**

Respetado Doctor Ebratt:

En atención a su solicitud enviada mediante correo electrónico el 28 de febrero de 2023, se emite el siguiente Concepto Jurídico.

I. TESIS CONCLUSIVA.

Sí es viable autorizar a terceros o particulares para que ejerzan funciones administrativas en temas fitosanitarios (que en el presente caso se refieren a vigilancia oficial), siempre y cuando se cumpla con las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos en la Ley 489 de 1998 y en la NIMF No. 45, las funciones a atribuir al particular correspondan a la competencia del ICA, dichas funciones no hayan sido asignadas constitucional o legalmente en forma exclusiva y excluyente a determinada autoridad y que la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es posible realizar vigilancia oficial por el ICA a los planes de trabajo acordados con las Autoridades Sanitarias de otros países para la exportación de productos a través de terceros autorizados por convenio?

III. NORMA(S) CONTROLANTE(S).

- Ley 489 de 1998.
- Decreto 4765 de 2008.
- NIMF No. 45

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Manifiesta la Dirección Técnica de Epidemiología y Vigilancia Fitosanitaria que, de acuerdo a lo

establecido en la Norma Internacional para Medidas Fitosanitarias (NIMF 5) "Glosario de términos fitosanitarios" el término **vigilancia** y el término **oficial** hace referencia a:

"Vigilancia: Un proceso oficial para recopilar y registrar información sobre la presencia o ausencia de una plaga mediante el uso de prospecciones, monitoreo u otros procedimientos [CEMF, 1996; revisado CMF, 2015].

Oficial: Establecido, autorizado o ejecutado por una organización nacional de protección fitosanitaria [FAO, 1990]".

Y que en los planes de trabajo firmados para la exportación por ejemplo de aguacate Hass a Argentina, Perú, Chile, Estados Unidos, China, Corea y Japón, se indica dentro de las responsabilidades a cargo del ICA las siguientes tipificadas como oficiales.

Argentina: "Mantener el programa oficial de prospección para *Stenoma catenifer*, así como la vigilancia de otras plagas de interés cuarentenario para Argentina." (página 3).

Chile: "Ya disponiendo de toda la información, el núcleo será sometido a vigilancia oficial para las plagas *Heilipus lauri*, *Heilipus trifasciatus* y *Stenoma catenifer*." (página 5). "Las paltas Hass exportadas a Chile, deben ser cosechadas en lugares de producción sometidos a un enfoque de sistemas de mitigación del riesgo de *Heilipus lauri*, *Heilipus trifasciatus* y *Stenoma catenifer*. Para ello se diferencian dos instancias de trabajo oficial, la primera corresponde a una etapa previa que busca ratificar su ausencia en los lugares de producción postulantes, y una segunda de verificación de su condición de ausencia:" (página 28 y 29). "Ya disponiendo de toda la información, el núcleo será sometido a vigilancia oficial para las plagas *Heilipus lauri*, *Heilipus trifasciatus* y *Stenoma catenifer*." (Página 29).

Corea: "a. La vigilancia se realizará de acuerdo con los procedimientos oficiales establecidos por el ICA para estos propósitos, al menos una vez al mes." (página 18).

China, EEUU, Japón y Perú no hacen alusión directa a vigilancia oficial, aunque si al ICA como ONPF.

Por lo que entienden que la **vigilancia oficial debe ser realizada por el ICA** como está establecido en la Ley, y aplicarse a los planes de trabajo suscritos. Surgiéndoles la inquietud de si sigue siendo vigilancia oficial cuando se realiza a través de un tercero en un convenio de asociación como por ejemplo con Corpohass, ASOHOFrucol, etc., y eventualmente esto se pueda defender jurídicamente frente a estos países que exigen una **vigilancia oficial**.

Con el fin de dar claridad al caso traído a colación, es importante recordar que en la Ley 489 de 1998 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la

Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”, en el Capítulo XVI reglamentó el ejercicio de funciones administrativas por particulares, estableciendo en el artículo 110 las condiciones para dicho ejercicio de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 110.-Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo **disposición legal en contrario**, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderán en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenios, **si fuere el caso**.

Nota:(*Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-866 de 1999.*)”

Así mismo, la citada Ley estableció en el artículo 111 los requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares así:

“Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, **de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo**, mediante el cuál determine:

Nota:(*Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-866 de 1999.*)

- a. Las funciones específicas que encomendara a los particulares;
 - b. Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;
 - c. Las condiciones del ejercicio de las funciones;
 - d. La forma de remuneración, si fuera el caso;
 - e. La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.
2. La celebración de convenio, *si fuere el caso*, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años prorrogables y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

Nota:*(Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-702 de 1999 y el texto en cursiva, fue objeto de la misma declaración mediante Sentencia C-866 de 1999.)*

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cuál se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas”.

Ahora bien, mediante la sentencia C-866 de 1999, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la norma citada, indicó:

Como suprema autoridad administrativa, el presidente de la República, ejerce una serie de funciones en este campo, que, como es sabido, no son llevadas a cabo todas ellas en forma personal y directa por él, sino que para ello cuenta con toda la estructura administrativa.

La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes. Este es pues, el primer criterio de delimitación. Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones.

7.2 En efecto, en primer término, la propia Constitución prohíbe la asignación de ciertas funciones a particulares, al considerarlas "exclusivas" de las autoridades administrativas. En este sentido, por ejemplo, las funciones que ejerce la Fuerza Pública son únicamente suyas, como se deduce del artículo [216](#) superior, según el cual dicha fuerza está integrada "en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y de Policía Nacional", asunto sobre el cual la Corporación se pronunció:

"En esos términos, el servicio público de policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el artículo [216](#) de la Carta Política al estipular que "la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional" [4]

Así pues, el primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad.

7.3 Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así, por ejemplo, la propia ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, indica que si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, "el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función." [5]

7.4 Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo [6°](#) de la Carta, y que, según el conocido aforismo jurídico *nemo dat quod non habet*, indica que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

Esta limitación indica, adicionalmente, que la atribución de funciones administrativas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas, requiere de norma constitucional o legal expresa y directa, distinta de aquella otra que, como la ley bajo examen, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante, o en la disposición legal que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar y certificar las costumbres mercantiles, etc.

7.5 Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite:

la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. Si, en los términos del artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella -la investidura- perdería sustento jurídico.

De lo anteriormente mencionado, se desprende que en principio sí es posible autorizar a particulares para que desempeñen funciones administrativas, siempre y cuando se cumpla con las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos en la Ley 489 de 1998, las funciones a atribuir al particular correspondan a la competencia de la entidad administrativa, dichas funciones no hayan sido asignadas constitucional o legalmente en forma exclusiva y excluyente a determinada autoridad y que no se vacie de contenido la competencia de la autoridad que las otorga; esto es, que la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

Por otro lado, el Decreto 4765 de 2008 "por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, y se dictan otras disposiciones", estableció en los numerales 3 y 7 del artículo 6, como funciones generales del ICA las siguientes:

3. Ejercer el control técnico sobre las importaciones de insumos destinados a la actividad agropecuaria, así como de animales, vegetales y productos de origen animal y vegetal, a fin de prevenir la introducción de enfermedades y plagas que puedan afectar la agricultura y la ganadería del país, y certificar la calidad sanitaria y fitosanitaria de las exportaciones, cuando así lo exija el país importador.

7. Coordinar la realización de acciones conjuntas con el sector agropecuario, autoridades civiles y militares y el público en general, relacionadas con las campañas de prevención, control, erradicación y manejo de plagas y enfermedades de importancia cuarentenaria o de interés económico nacional o local, para mantener y mejorar el estatus de la producción agropecuaria del país, y en general para cumplir con el objeto del Instituto.

Y en el parágrafo 1 del artículo 6 del citado Decreto indicó que:

"Para el cumplimiento de las funciones del Instituto, asignadas en el presente decreto, este podrá ejercer sus actividades directamente o por intermedio de personas jurídicas oficiales o particulares, mediante delegación, contratación o convenios".

Finalmente, la Norma Internacional para Medidas Fitosanitarias - NIMF No. 45 de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria - CIPF, estableció los requisitos que deben tener presente las Organizaciones Nacionales de Protección Fitosanitaria - ONPF para autorizar a entidades para

ejecutar acciones fitosanitarias, dentro de los cuales se encuentra la noción básica de autorización así:

"Una ONPF decide si recurrir a la autorización a entidades para ejecutar acciones fitosanitarias. Las ONPF pueden utilizarla para autorizar a entidades a ejecutar acciones fitosanitarias específicas, a auditar a otras entidades autorizadas o a supervisar acciones fitosanitarias. Como ejemplos de acciones fitosanitarias, para cuya ejecución una ONPF podrá decidir autorizar a una entidad, cabe citar el monitoreo, el muestreo, la inspección, la realización de pruebas, la vigilancia, el tratamiento, la cuarentena posentrada y la destrucción. Si una ONPF decide autorizar a entidades, debería tener responsabilidad exclusiva sobre la decisión de a qué entidad autoriza y para qué acciones fitosanitarias específicas. Una entidad autorizada podrá realizar auditorías para evaluar si otra entidad cumple los requisitos para ejecutar una acción fitosanitaria específica; no obstante, la decisión de conceder la autorización debería ser responsabilidad exclusiva de la ONPF.

La ONPF tiene la responsabilidad de asegurarse de que la entidad autorizada ejecute las acciones fitosanitarias conforme a los requisitos de la ONPF. La entidad autorizada ejecuta la acción fitosanitaria, pero la responsabilidad sigue recayendo en la ONPF. La autorización para ejecutar acciones fitosanitarias solo podrá otorgarse para la aplicación de medidas fitosanitarias decididas por la ONPF. La autorización para ejecutar acciones fitosanitarias no incluye actividades básicas de la ONPF como la emisión de certificados fitosanitarios o la elaboración y establecimiento de medidas fitosanitarias, ya que estas actividades no son acciones fitosanitarias. La ONPF debería disponer de suficiente personal con los conocimientos especializados necesarios para llevar a cabo la supervisión, incluida la auditoría, de las entidades autorizadas.

En la presente norma, se consideran "entidades" las que realizan acciones fitosanitarias (ya sean particulares, organizaciones o empresas) y, en caso pertinente, sus instalaciones (como el equipamiento, los laboratorios o los recintos de tratamiento). En algunos casos, la autorización de entidades podrá requerir que una ONPF dé su aprobación a personas concretas dentro de la entidad (por ejemplo, las responsables de acciones fitosanitarias específicas), a la documentación pertinente, a las instalaciones o a cualquier combinación de estas. La ONPF y la entidad deberían determinar la naturaleza del acuerdo de autorización"

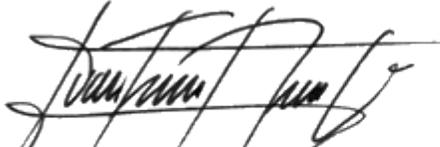
Con base en lo anterior, se evidencia que, en el caso específico planteado por la Dirección Técnica de Epidemiología y Vigilancia Fitosanitaria, es posible autorizar a terceros para que realicen vigilancia en los planes de trabajo acordados con las Autoridades Sanitarias de otros países para la exportación de productos, siempre y cuando se cumpla con las condiciones legales desarrolladas en el presente concepto; caso en el cual, la vigilancia realizada por los particulares autorizados, se entenderá como si hubiese sido realizada por el ICA.

V. CONCLUSIÓN FINAL.

Sobre la base de lo expuesto, resulta pertinente indicar que, es viable autorizar a terceros o particulares para que ejerzan funciones administrativas en temas fitosanitarios (que en el presente caso se refieren a vigilancia oficial), siempre y cuando se cumpla con las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos en la Ley 489 de 1998 y en la NIMF No. 45, las funciones a atribuir al particular correspondan a la competencia de la entidad administrativa, dichas funciones no hayan sido asignadas constitucional o legalmente en forma exclusiva y excluyente a determinada autoridad y que la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

En los anteriores términos, procedo a dar una respuesta de fondo a su solicitud.

Cordialmente,



JUAN FERNANDO ROA ORTIZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Jasm